AMANDA POLASTRO SCHAEFER

A alienação parental e a violação aos direitos da personalidade

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

AMANDA POLASTRO SCHAEFER

A alienação parental e a violação aos direitos da personalidade

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção de título de Mestre em Direito Civil.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientadora: Professora Doutora Cíntia Rosa
Pereira de Lima

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: SCHAEFER, Amanda Polastro

Título: A Alienação parental e a violação aos direitos da personalidade

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção de título de Mestre.

Área de Concentração: Direito Civil

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professora Doutora Orientadora Cíntia
Rosa Pereira de Lima

Julgamento: _____

Instituição: Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Professor Doutor Rui Camargo Geraldo
Viana

Julgamento: _____

Instituição: Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Professora Doutora Adriana Caldas do
Rego Freitas Dabus Maluf

Julgamento: _____

Instituição: Universidade Faculdades
Metropolitanas Unidas - UNIFMU

Assinatura: _____

À minha querida mãe Andreia, com amor, admiração e gratidão por seu carinho, presença e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho. Minha mãe, meu exemplo de vida, superação e competência, a quem eu devo tudo que sou.

Ao Robinson, surpresa boa da minha vida, amigo, amor, companheiro, parceiro, cujo apoio foi essencial para que a conclusão deste trabalho.

Aos muitos assistidos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com os quais aprendo todos os dias a importância e o valor das relações familiares em nossas vidas.

A Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima, pela atenção e apoio durante o processo de orientação.

A Faculdade de Direito de São Paulo – Largo São Francisco – pela oportunidade de realização do mestrado.

FILHA!

*“Filha! Em teus olhos ternos de amizade,
Reflete-se minha alma enternecida.
Como me anima a doce claridade,
Tôda esperança que dás, querida!
Quando regresso à tarde, que ansiedade...
Cansado dos percalços da investida,
Sinto o peito oprimido de saudade,
E almejo que me abrace! – Minha vida!
Que seria de mim, se ao fim do dia,
E ao retornar à porta não te visse?
Como a tua feição me maravilha!
Onde iria encontra tanta meiguice?
Se ao fim dos anos, minha estrela Vésper,
Não te pudesse ouvir, oh! Minha filha!”*

Zilda Xavier Polastro

*“As leis não bastam,
os lírios não nascem das leis”.*

Carlos Drumond de Andrade

RESUMO

SCHAEFER, A. P. **A Alienação parental e a violação aos direitos da personalidade.** 2014. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A família pressupõe um reduto de felicidade. Quando se dá a ruptura do afeto, é comum a ocorrência da alienação parental. Esse é um fenômeno que sempre aconteceu, mas recentemente passou a ser objeto de estudo dos doutrinadores, operadores do direito e das pessoas vítimas de tal prática. A alienação parental se verifica quando um dos genitores, em meio a uma disputa, usa os filhos para atingir, desqualificar e/ou se vingar do outro genitor. A prática de atos alienadores surge mais comumente com o fim do relacionamento do casal (pais). Vários juristas, psicólogos e assistentes sociais estão se adaptando ao reconhecimento e identificação desse comportamento que, se efetivamente concretizado, recebe o nome de síndrome da alienação parental. Os profissionais envolvidos com o tema buscam formas de evitar que o filho seja novamente vitimado pelo fim do relacionamento dos pais. Além de estudar a figura novel da alienação parental, buscou-se compreender as previsões contidas na Lei de Alienação Parental de n.º 12.318, sancionada em 26 de agosto de 2010, mostrar que a prática da alienação fere a dignidade da pessoa humana, viola sobremaneira os direitos da personalidade dos filhos e do genitor alienado, em especial, o direito à convivência familiar. Buscou-se também identificar as medidas que podem ser aplicadas para evitar e reprimir alienação parental, especialmente as relacionadas ao planejamento familiar, ao exercício da paternidade responsável, ao uso da guarda compartilhada e ao acompanhamento terapêutico. Por fim buscou-se avaliar as possibilidades de responsabilização do alienador, por meio de tutela inibitória ou ressarcitória. Estudos a respeito do tema começaram nos Estados Unidos, em seguida, na Europa, recentemente no Brasil, todos feitos inicialmente com base nos artigos e escritos de Richard Gardner e Françoise Podevyn. A produção doutrinária e jurisprudencial no Brasil sobre o tema ainda é tímida, sendo também objetivo deste estudo aprofundar a temática e produzir material doutrinário a respeito do assunto.

Palavras-chave: Família. Afeto. Fim do Afeto. Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Desqualificação do genitor. Destruição do genitor. Afastamento pais e filhos. Violação aos direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana. Convivência familiar. Medidas Preventivas. Responsabilização.

ABSTRACT

SCHAEFER, A. P. **Parental alienation and violation of individual rights**. 2014. Master's Degree Thesis – School of Law, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Family presupposes a stronghold of happiness. When affection ends, parental alienation typically ensues; this is a situation that has always occurred, albeit only recently has it become a matter studied by jurists, law practitioners and victims of such practice. Parental alienation occurs when a parent, amid some dispute, uses his or her children to hit, disqualify and/or take vengeance on the other. Alienating actions are most commonly exercised upon the end of the relationship (parents'). Several jurists, psychologists and social workers have adapted to recognizing and identifying this behavior – which, if effectively put into practice, is referred to as parental alienation syndrome. Professionals dedicated to studying this issue look for ways to prevent the child from being victimized again by the end of his/her parents' failed relationship. In addition to examining the new legal issue of parental alienation, one has sought to understand the provisions set forth by Brazilian Parental Alienation Act No. 12318, sanctioned on August 26th 2010, by demonstrating that alienation violates personal dignity, strongly infringes not only the children's but also the alienated parent's individual rights, not to mention the right to family life. One has also attempted to determine the actions that allow for avoiding and restraining parental alienation, particularly those connected with family planning, joint custody and therapeutic monitoring. Finally, one assessed the likelihood of holding the alienating parent liable, by means of inhibiting or compensatory remedies. Studies on this subject matter started developing in the United States, then in Europe, and only recently in Brazil, and all of them were based on the articles and papers drafted by Richard Gardner and Françoise Podevyn. In Brazil, scholarly writing and case law on this subject has yet to become prolific, wherefor this present study also aims at producing academic material on the matter as well as deepening the analysis thereof.

Keywords: Family. Affection. End of Affection. Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Parental disqualification. Parental denigration. Parents/children alienation. Violation of individual rights. Dignity of the human being. Family life. Injunctive Relief. Liability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ALIENAÇÃO PARENTAL.....	18
2.1 Conceituação e noções gerais.....	18
2.2 Origem da alienação parental.....	31
2.2.1 Das origens da alienação parental	47
2.2.2 Das definições de alienação parental.....	49
2.3 Como a alienação parental se manifesta	52
2.4 Contexto da alienação parental	54
2.5 A alienação parental, a família em transformação, a pluriparentalidade e a questão de gênero.....	56
2.6 Necessidade de celeridade e eficiência na intervenção no processo de alienação	63
2.7 Efeitos e consequências.....	64
2.8 Importância da identificação da alienação parental e da síndrome da alienação parental.....	67
2.9 A implantação de falsas memórias.....	69
2.10 As falsas denúncias de abuso sexual	70
2.11 Características do alienador e suas condutas clássicas	79
2.12 Alienação parental “às avessas”	81
2.13 Sentimentos do genitor alienador	84
2.14 Inovação legislativa	84
2.15 Formas de prevenir e combater a alienação parental.....	93
2.16 Posicionamento dos tribunais brasileiros	97
2.17 Relato de casos	126
3. RELAÇÕES FAMILIARES.....	130
3.1 Poder Familiar.....	130
3.1.1 Breve evolução brasileira	132
3.1.2 Conceito, nomenclatura e outros aspectos.....	135
3.2 Guarda e proteção dos filhos.....	139
3.2.1 Conceito e noções gerais	139
3.2.2 Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira.....	141
3.2.3 Importância do instituto da guarda	145
3.2.4 Ruptura do vínculo conjugal e suas consequências na relação familiar.....	147
3.2.5 Princípio do superior ou melhor interesse da criança como diretriz para a guarda	149
3.2.6 Modalidades de guarda.....	150

3.2.6.1	Guarda comum, desmembrada ou delegada	151
3.2.6.2	Guarda originária e derivada.....	151
3.2.6.3	Guarda de fato.....	152
3.2.6.4	Guarda provisória e definitiva.	152
3.2.6.5	Guarda única	152
3.2.6.6	Guarda peculiar.....	153
3.2.6.7	Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários	153
3.2.6.8	Guarda jurídica e material.....	154
3.2.6.9	Guarda unilateral ou monoparental.....	154
3.2.6.10	Guarda alternada	158
3.2.6.11	Guarda por aninhamento ou nidacão	159
3.2.6.12	Guarda compartilhada.....	160
3.2.6.12.1	Conceituação e noções gerais.....	162
3.2.6.12.2	Guarda compartilhada e o interesse dos filhos.....	166
3.2.6.12.3	Guarda compartilhada no direito estrangeiro	167
3.2.6.12.4	Vantagens e desvantagens desse novo modelo de guarda	170
3.2.7	Responsabilidade civil e a guarda	174
3.3	Direito de visita e direito de convivência.....	180
4.	A MEDIAÇÃO FAMILIAR: CONCEITO E NOÇÕES GERAIS	187
5.	DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE COMO BALIZA À ALIENAÇÃO PARENTAL	197
5.1	Noção e compreensão dos direitos da personalidade	201
5.1.1	Direito geral da personalidade.....	201
5.1.2	Direitos da personalidade	204
5.2	A dignidade da pessoa humana como valor constitucional fundamental	208
5.3	Atributos ou caracteres dos direitos da personalidade e sua extensão	210
5.4	Tutela dos direitos da personalidade	220
5.4.1	Tutelas inibitórias	224
5.4.2	Tutelas repressivas.....	228
5.4.2.1	Responsabilidade civil	232
5.4.2.2	Dano moral e sua reparação.....	242
6.	A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FORMA DE ABUSO E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	247
6.1	Responsabilização civil.....	252
6.2	Responsabilidade civil decorrente da alienação parental.....	253
6.3	Abuso de Direito	260
6.4	Criminalização da conduta.....	261

6.5	Comentários a respeito do documentário A morte inventada	267
7.	CONCLUSÃO.....	273
	REFERÊNCIAS.....	284
	ANEXO A	312
	ANEXO B	334
	ANEXO C	335

1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil deixou de ser analisado sob a ótica individualista, patrimonialista, conservadora e tradicional, característica das antigas codificações, sendo o Código Civil Brasileiro de 1916 o exemplo mais clássico.

O segundo Código Civil Brasileiro, Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, marca o início de uma nova era, na qual os dispositivos legais são interpretados e analisados em conjunto, conforme a Constituição Federal de 1988, com o objetivo comum da busca pela efetivação dos direitos humanos.

O Código Civil de 2002 é, em certo sentido, “jusnaturalista”, vez que se apresenta repleto de conceitos abertos, os quais devem ser preenchidos pelos operadores do direito. A doutrina denomina tal prática de “ontognoseologia jurídica realiana”, sendo que o doutrinador argentino Carlos Coccio usa para tanto a terminologia “culturalismo jurídico”. Nesse modelo, a sociedade e o aplicador do direito são levados no caso concreto a pensar a situação prática.

Esse novo diploma legal evidencia a supremacia dos princípios, regras e, em especial, a dos valores constantes da Constituição Federal de 1988; normas essas que se localizam no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro. E mais. O Código Civil de 2002 evidencia a superioridade dos princípios e valores constitucionais e, principalmente, garante a estes a função de interpretação, integração e construção das demais normas jurídicas do ordenamento.

O Direito Civil atual é constitucional por si mesmo, tem carga solidarista e despatrimonializante, dá valor primeiro à pessoa humana como “ser” e deixa de lado seu perfil patrimonial conhecido como o “ter”. Isso nada mais é do que a superação do individualismo e do patrimonialismo característicos do direito civil ultrapassado e da promoção da pessoa humana que passa a ser o centro de atenção do ordenamento jurídico moderno.

Nesse ponto é importante fazer menção ao personalismo ético de Kant, que consiste na constatação de que o ser humano, por sua própria natureza, enquanto dotado de autodeterminação, deve ser considerado como um fim em si mesmo e nunca como um meio para a consecução de outros fins. Essa carga humanista se desdobra na prevalência dos valores do “ser”, do humano dotado de dignidade, visto que possui valor intrínseco, sobre o

“ter”, que remete às coisas que possuem preço, que são substituíveis por outras de igual valor. Esse conceito está refletido no princípio da eticidade no Código Civil de 2002.

O enfoque dado ao direito de família no novo diploma passou a exigir que os indivíduos adotassem posturas éticas, leais, agindo com boa-fé nas relações jurídicas que travam uns com os outros. É o que se verifica, por exemplo, nos direitos e deveres dos pais perante os filhos no exercício do poder familiar (artigo 1.634 do CC 2002)¹ e entre si (artigo 1.511 do CC 2002)², que provêm do reconhecimento e do respeito à humanidade uns dos outros.

Nesse sentido, os princípios informadores do novo Código Civil de 2002, distintamente daqueles norteadores do Código Civil de 1916, abandonaram definitivamente o substrato do “ter”, que focava a liberdade irrestrita para contratar, para enfatizar como já foi dito o “ser”, aderindo ao conceito de função social (seja do contrato, seja da propriedade ou mesmo da família), segundo o qual o interesse dos indivíduos deve se submeter ao da sociedade. São eles os valores essenciais da eticidade, socialidade e operabilidade.

A eticidade consiste na prevalência dos valores éticos no ordenamento jurídico sobre o formalismo excessivo que predominava no *codex* anterior. Esse princípio favoreceu a criação de normas genéricas ou cláusulas gerais que possibilitam maior alcance à norma, além de viabilizarem uma constante atualização de seu conteúdo pelos operadores do Direito, como ocorre nas normas que exigem a observância dos princípios da probidade e boa-fé, que consagram a valorização da ética, da lealdade, da honestidade nas relações humanas.

A socialidade em contraposição ao individualismo do Código Civil de 1916, é justificada por Miguel Reale na migração do homem do campo para as cidades e traduzida,

¹CC - Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

V I – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

²CC - Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

por exemplo, pela exigência de cumprimento da função social, notadamente, no que tange à propriedade e contratos³.

Já o princípio da operabilidade se propõe a solucionar problemas interpretativos gerados pelo código anterior para permitir a realização do direito em sua concretude, seja esclarecendo distinções entre institutos diversos, seja expandindo a dimensão do alcance da norma mediante cláusulas gerais, que permitem uma maior flexibilidade interpretativa. A título de exemplo, Miguel Reale cita o artigo 1.240, parágrafo 1º do atual Código Civil⁴, cuja redação permite entender o reconhecimento da união estável como nova entidade familiar⁵.

Como não poderia ser diferente, o advento da Constituição Federal de 1988 influenciou as tratativas do projeto do novo Código Civil especialmente no que concerne ao Direito de Família e das Sucessões, estatuidando a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (artigo 226, parágrafo 5º)⁶, e também entre os filhos de qualquer origem, do casamento ou não, ou ainda da adoção (artigo 227, parágrafo 6º)⁷. Nesse mesmo ritmo, o novo Código Civil tomou o cônjuge sobrevivente também como herdeiro ao instituir como regime legal a comunhão parcial de bens (artigo 1.640)⁸.

Miguel Reale destaca a mudança do termo “pátrio poder” para “poder familiar” a fim de torná-lo adequado à igualdade entre homens e mulheres determinada pela Constituição e adotada pelo novo Código Civil⁹. Exercido igualmente entre ambos os pais, estes poderão

³REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n.º 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁴CC - Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

⁵REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁶CF - Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Parágrafo 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷CF - 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.

Parágrafo 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸CC - Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

⁹REALE, Miguel. Função social da família no Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 26 set. 2013.

ter suspenso ou mesmo perder o poder familiar por decisão judicial nos casos citados nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil.

No que compete ao tema da guarda dos filhos, o referido diploma contempla a função social da família, abrindo mais espaço para que a intervenção judicial possa exercer o dever de resguardar os interesses da prole sempre que houver dissenso entre o casal, ou quando o juiz identificar que a vontade dos pais não coincide com o melhor interesse dos filhos (artigo 1.567, parágrafo único)¹⁰. Em virtude dessa função social, os pais, que exercem igualmente o poder familiar (antes denominado “pátrio poder”) poderão tê-lo suspenso ou mesmo perdê-lo por decisão judicial nos casos citados nos artigos 1.637¹¹ e 1.638¹² do Código Civil.

A abordagem dos alimentos no novo Código Civil também revela a aplicação dos princípios da socialidade e da eticidade ao possibilitar que parentes, cônjuges, ou companheiros peçam alimentos uns aos outros, inclusive para garantir sua educação, consoante prevê o artigo 1.694¹³ do referido diploma, na proporção das condições socioeconômicas de cada parte (artigo 1.694 parágrafo 1º), ou por equidade, do suficiente à sobrevivência do alimentando se este deu causa à necessidade (parágrafo 2º), eximindo o alimentante de sua obrigação, caso não tenha recursos além do indispensável a sua própria sobrevivência (artigo 1.695)¹⁴.

Nesse diapasão, as relações familiares e o próprio Direito de Família vêm sofrendo grandes alterações embasadas na já comentada constitucionalização do direito civil. A norma

¹⁰CC - Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

¹¹CC - Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar da autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

¹²CC - Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹³CC - Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Parágrafo 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Parágrafo 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

¹⁴CC - Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

jurídica do Direito de Família brasileiro exige hoje a presença do fundamento de validade constitucional, mediante a aplicação dos princípios constitucionais adequados ao caso, tais como a isonomia dos filhos, o pluralismo dos modelos familiares, a supremacia do interesse da criança e a dignidade da pessoa humana, entre outros.

A conclusão é uma só, o Direito Civil, em especial as relações familiares passam a observar à pessoa humana, direitos, poderes, faculdades, na medida em que contribuam para o bem-estar social, bem-estar da coletividade. A família passa a ter uma função social de dar efetividade a valores e ter objetivos presentes na base do ordenamento jurídico, em especial, a dignidade da pessoa humana.

O Direito de Família cuida de pessoas, de pessoas que se inserem e convivem em um grupo comumente denominado família. Nesse grupo inevitavelmente ocorrem conflitos de interesses, surgindo daí a necessidade da existência de um conjunto de normas para solucioná-los. Não há dúvida de que o Direito de Família é o ramo do direito que mais se relaciona à vida humana em sentido estrito, pois as pessoas em regra compõem uma entidade familiar, fazendo parte dessa entidade por toda a existência, ainda que os caminhos da vida os levem a constituir novas entidades familiares.

O século XX mostrou-se bastante importante para o desenvolvimento das relações familiares, trazendo inovações e questionamentos a respeito das situações e institutos até então postos pelo ordenamento jurídico. Aqui inevitavelmente há que se falar na concretização do instituto da união estável, nas formas de constituição de família, no conceito do casamento e nas relações havidas entre pais e filhos, entre outros.

O tema “família” tornou-se campo fértil para o pensamento humano, envolvendo questões éticas, morais, econômicas, religiosas e principalmente sociais. O modelo de “família” deixou de ser um modelo único, universal e estanque; pelo contrário, suas formas e constituições são cada vez mais inovadoras, permitindo que o pensamento humano acompanhe a evolução da humanidade e da ciência, inclusive na forma pela qual os homens se relacionam.

A organização da “família” passou e continua passando por profundas e importantes transformações. Novos princípios e regras emprestam fisionomia diferenciada ao Direito de Família, mas ainda assim há muito o que avançar evoluir nesse tema, visto que a sociedade e os homens estão em constante modificação e aperfeiçoamento.

Na Grécia e na Roma antigas, havia uma forte diferenciação entre mulheres e homens, pois esses últimos detinham posição superior no seio familiar para o direito grego

e romano, de tal modo que o parentesco e o afeto natural não possuíam nenhuma relevância jurídica. Por essa razão, muitos historiadores concluíram que a família romana deveria se fundar no pátrio poder, ou no poder do marido. Contudo, Fustel de Coulanges¹⁵, historiador francês que viveu no século XIX, em sua obra “A Cidade Antiga”, na qual narrou a organização da sociedade, suas crenças e a origem de institutos jurídicos como a religião, o casamento e a família nas cidades gregas e romanas antigas, afasta essa conclusão e aponta a religião doméstica, única em cada casa de família, como verdadeiro elemento conector dos membros familiares e regulamentador de suas relações, motivo pelo qual a origem do poder do homem está na família, fonte definidora do parentesco e do direito à sucessão.

Sua visão é justificada pelos apontamentos de que o casamento destaca a mulher na família do marido, enquanto a emancipação (renúncia ao culto de sua família de origem) exclui o filho homem da entidade familiar. Entretanto, o filho adotivo que participa do culto da religião passa a ter *status* de filho verdadeiro, ainda que não compartilhe a mesma linguagem sanguínea com a família. De outro lado, o legatário precisa participar do culto para ter direito à sucessão. Tanto quanto o casamento, a adoção e até mesmo a cerimônia de iniciação que inseria o servo na família consistiam em atos religiosos semelhantes e indispensáveis para permitir que um estranho se tornasse membro da entidade familiar.

As crenças religiosas, principalmente aquelas relativas aos membros familiares já mortos se tornaram o substrato da família antiga, pois a crença de que o morto dependia dos descendentes homens realizando banquetes fúnebres para que permanecessem felizes na nova morada, tornavam obrigatória a constituição e perpetuação da família, como princípio fundamental do direito doméstico, seja casando-se e tendo filhos ou adotando-os. Portanto, os filhos homens eram gerados com a finalidade de cumprir com a obrigação do culto aos membros mortos da família, pois o homem não pertencia a si próprio, mas à família. Já a mulher deixava a família do pai e, por sua vez, casava-se e tinha filhos. Sem o casamento, o filho bastardo não se integrava à família, não participava do culto e não tinha direito à herança, já que os laços sanguíneos eram insuficientes para considerar esse filho como membro da família. Após o nascimento, era necessário que o pai declarasse o filho como membro da família, formalizando um laço moral e religioso, que se sobrepunha a qualquer

¹⁵COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A Cidade Antiga. Título original: *La Cité Antique – Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. In: **Editora das Américas S.A. – EDAMERIS**, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html#B3>>. Acesso em: 26 set. 2013.

outro. Logo, o parentesco (agnação), fundado no culto em comum, se transmitia de um homem a outro e nunca de uma mulher.

Paulo Lôbo afirma em sua obra que na Roma Antiga a palavra *família* não era empregada para designar o casal e seus filhos, mas sim os escravos, eis que *famulus* significava escravo e, assim, o termo *família* compreendia o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem¹⁶.

Como é possível notar, a família ao longo dos anos sofreu pressões de eventos externos e, aos poucos, foi se modificando, tanto que o poder patriarcal cedeu lugar ao poder familiar.

A palavra *família* possui pluralidade conceitual, sendo usada em inúmeros ramos da ciência; nos diversos ramos do direito, é objeto de muitos estudos e, por ser uma modalidade de agrupamento humano, constantemente sofre alterações. Conceituar *família* é trabalho árduo e depende muito do momento histórico a que está relacionada.

Maria Berenice Dias entende que família é um agrupamento informal, é a formação espontânea na sociedade, cuja estruturação é dada pelo Direito¹⁷. Além da pluralidade conceitual para família, fala-se em pluralidade de arranjos familiares, alguns mais restritos tais como a família que consiste no grupo composto por cônjuges e seus filhos, outros mais amplos, tais como pessoas do mesmo sexo que se relacionam como cônjuges ou ainda pessoas que se unem por laços de afeto.

Nos ordenamentos jurídicos existentes e em todos os lugares do mundo, o modelo, arranjo tradicional de família (pais e filhos) vem perdendo terreno para o surgimento de novos arranjos familiares, que não deixam de representar a célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se embasam em princípios diversos daqueles usados pelo arranjo da família tradicional. O conceito de família passa a ser democrático, identificando-se como uma pluralidade de formas familiares detentoras de proteção jurídica, e não apenas aquela arcaica fundada no casamento.

A família na pós-modernidade está embasada na afetividade; enquanto houver afeto entre as pessoas haverá família, sempre unida por laços de liberdade e responsabilidade e consolidada na colaboração, na solidariedade e na comunhão de vidas. Hoje não se pode falar apenas em vínculos de sangue, vínculos jurídicos, mas também em vínculos de afetividade.

¹⁶LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.8.

¹⁷DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.27.

Do ponto de vista sociológico atual, a tendência da família contemporânea é tornar-se cada vez menos um grupo organizado, distante de padrões hierárquicos rígidos, muito independentes de laços de consanguinidade e cada vez mais baseada em laços de afetividade, solidariedade e respeito. Os vínculos afetivos são as raízes e a inspiração do princípio da solidariedade; onde não houver solidariedade e afetividade, hoje não haverá mais família.

O afeto caracteriza a entidade familiar como verdadeira rede de solidariedade, construída para o desenvolvimento das pessoas nela envolvidas.

Na pós-modernidade há forte preocupação com os diversos vínculos e arranjos familiares existentes, independentemente das diferenças ou orientações, visto tratar-se de direito humano de caráter personalíssimo.

Conforme já mencionado verifica-se progressiva tutela constitucional das relações familiares e a ampliação dos interesses protegidos, mediante a absorção de novos valores e tendências que a sociedade e o Estado moderno impõem.

A família atual e todas as relações e institutos que a envolvem têm como norte a afetividade. Assim sendo, sempre que houver afeto haverá família e, conseqüentemente, haverá interesses a serem resguardados.

A família atual busca sua identificação no princípio constitucional da solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade; isso após um grande período de tempo em que o individualismo reinava nas relações pessoais e familiares.

A atuação decisiva do movimento feminista, aliada a outras circunstâncias socioculturais, culminou em muitas das profundas reformas vividas pelo Direito de Família, ocorridas a partir de 1962, com a superveniência da Lei n.º 4.121, informalmente denominada de Estatuto da Mulher Casada.

A velocidade das mudanças sociológicas, tais como a dessacralização do casamento, o surgimento e aceitação dos “novos arranjos familiares”, o reconhecimento da união estável, o liberalismo feminino, a evolução da ciência e a situação endêmica do divórcio, e seus reflexos no Direito de Família, impuseram intervenção da doutrina e da jurisprudência, que trataram, por exemplo, de reconhecer ao pai e mãe igualdade de direitos e, conseqüentemente, igual titularidade de autoridade parental, de valorizar o modelo de compartilhamento da guarda de filhos, deferimento de direitos sucessórios fundado no reconhecimento de filiação socioafetiva, deferimento de adoção a casais homoafetivos, abolição (ou quase) da discussão da culpa no divórcio e ainda de reconhecer a importância

da convivência de pai e filhos para a formação e desenvolvimento de seres humanos seguros e saudáveis.

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela da dignidade, valor supremo de nosso ordenamento jurídico (artigo 1º, inciso III da CF/88)¹⁸, já que a família deve ser tida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

A preservação da dignidade opera-se especialmente por meio da proteção dos direitos da personalidade, que têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, compondo-se de valores inatos como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade e a honra (artigo 5º da CF/88)¹⁹.

Desde o advento da lei do divórcio e posteriores alterações legislativas, as famílias chegaram às portas dos tribunais com maior frequência, quer para legalizar sua situação de convivência, que de fato, no passado, viviam na clandestinidade, quer para assegurar direitos que eram postergados ou definitivamente negados. A partir de então, os tribunais passaram a ser palco onde se digladiam casais que antes se amavam e agora se odeiam. Nesse choque de sentimentos e interesses estão os filhos, com seus direitos preteridos.

Os operadores do direito que atuam nas varas de família participam dos conflitos pós-separação ou das separações traumáticas, as quais geram verdadeiras guerras privadas. Nesses embates, os litigantes para atingirem um ao outro, utilizam impensadamente os filhos. Os instrumentos dessa guerra são a prática de um dos pais mostrar os erros e as falhas do outro, denegrir a imagem um do outro, com o intuito de afastá-lo do convívio da prole.

É justamente em meio a esse cenário social e humanístico evoluído que se pretende analisar, por meio do presente estudo, alguns dos institutos de maior impacto e relevância nas relações entre pais e entre pais e filhos. E mais. Mostrar que nesse contexto, por vezes o direito e o direito de família, como disciplinas normativas, podem-se revelar ineficazes ou insuficientes na solução dos conflitos familiares.

¹⁸CF - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania

II – a cidadania

III – a dignidade da pessoa humana

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

V – o pluralismo político

¹⁹CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Torna-se necessária a busca da interdisciplinariedade, a aplicação de outras ciências, tais como a psicologia, a psiquiatria, a assistência social, aos casos de família judicializados.

Nesse contexto, pretende-se compreender a figura da Alienação Parental, disciplinada tardiamente pela Lei de n.º 12.318/2012, vez que a doutrina existente a respeito do tema ainda é bastante escassa, apesar de os tribunais brasileiros já haverem inúmeras vezes se deparado com o reconhecimento de sua existência e com a necessidade de proteção dos vitimados.

Pretende-se o estudo aprofundado da Alienação Parental, caracterizada genericamente pela programação do filho pelo genitor-guardião, em regra, utilizando por vezes, a implantação de falsas memórias, a fim de que o outro seja aos poucos eliminado da vida do filho.

A partir do conhecimento científico da Alienação Parental e da intervenção de profissionais multidisciplinares em casos práticos no poder judiciário, foi possível iniciar a contenção da imposição de vontade do genitor sobre o filho e a utilização deste como instrumento para atingir o outro genitor. Além disso, o domínio desse conhecimento permite compreender que o alienador é uma pessoa que, em regra, passa por uma fase difícil, que por vezes apresenta alguma patologia, que não soube digerir o fim de relacionamento conjugal, sendo necessária a realização de tratamento. Mas importante ressaltar que o alienador não deve ser endemonizado, mas sim compreendido com uma pessoa que precisa de tratamento.

A razão do presente estudo consiste especialmente em compreender o instituto da alienação parental e a instalação da síndrome da alienação parental como forma de violação aos direitos da personalidade das crianças e adolescentes envolvidos e também do genitor alienado. É também avaliar as possibilidades de responsabilização civil pelos danos causados pelas práticas alienadoras.

O que se pretende identificar ao final é que a prática da alienação parental macula aquilo que há de mais íntimo, caro e até “sagrado” nas relações havidas entre pais e filhos, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, causando danos severos na vida dos envolvidos.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 Conceituação e noções gerais

A Alienação Parental é um acontecimento frequente na sociedade atual, em que o número de divórcios e a resolução de relacionamentos e uniões estáveis é bastante elevado. Trata-se de um problema social, que, silenciosamente, traz consequências nefastas para as gerações em desenvolvimento.

A tese da alienação parental foi definida pela primeira vez nos Estados Unidos, em meados da década de 80, e está teoricamente associada ao nome do psiquiatra infantil norte-americano Alan Richard Gardner²⁰, chefe do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos da América.

Esse psicanalista e psiquiatra infantil foi responsável por elaborar o termo “Síndrome da Alienação Parental” (SAP)²¹ em 1985, para designar um distúrbio infantil, a partir da observação de sintomas psicológicos comumente verificados em crianças, cujos pais disputavam a guarda judicialmente²². Gardner notou que um dos pais, normalmente o guardião, agia consciente e inconscientemente, programando a criança para que passasse a rejeitar o outro genitor não guardião e, por fim, quando surgia a colaboração por parte da criança, a síndrome se instalava.

Dessa forma, a criança passava a hostilizar, difamar o outro genitor injustificadamente, podendo apresentar uma série de sintomas característicos, tais como: campanha de difamação, racionalizações pouco consistentes, absurdas ou frívolas para a difamação, falta de coerência, pensamento independente, suporte ao genitor alienado, presença de argumentos emprestados e ainda animosidade em relação aos amigos e/ou família do genitor alienado²³.

²⁰GARDNER, Alan Richard. *The parental alienation syndrome*. Creative Therapeutics Inc., Cresskill, N.J., 1992.

²¹SAVAGLIA, Fernando. Amor exilado. In: **Revista Ciência & Vida – Psique**. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/edições/43/artigo147870-1.asp>>. p.01. Acesso em: 01 out. 2013.

²²FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei n.º 12.318/2010**. 2ª edição, ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.21.

²³SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p.99.

Aponta Gardner, que a mencionada colaboração, aliada aos fatores inconscientes que provocam a manipulação do infante por parte do genitor guardião ou alienador diferenciam a SAP (síndrome da alienação parental) da programação e da lavagem cerebral. Do mesmo modo, não se deve confundir a SAP com o gênero da alienação parental, do qual é apenas uma espécie.

A pesquisa de Gardner tornou-o um dos grandes expoentes sobre o assunto em todo o mundo. Além de ser autor de mais de 250 obras e artigos; atuou como perito judicial em cerca de 300 (trezentos) casos de disputa de guarda e na defesa dos acusados de abuso sexual de crianças nos Estados Unidos da América²⁴. Em 1992, publicou um artigo muito criticado por outros psiquiatras na *The National Law Journal*, sobre a teoria do *backlash* e a constatação da instalação de um surto de falsas denúncias de abuso sexual perpetradas como medida extrema de alienação parental por mães que usam os filhos para se vingar dos pais e ganhar a guarda da prole. Para o psiquiatra forense, a alienação possui três etapas: leve, moderada e grave, podendo ser praticada por três tipos de alienadores: o ingênuo, o ativo e o obcecado²⁵.

Gardner²⁶ recebeu inúmeras críticas pelo método utilizado para a constatação da SAP, restringindo-se apenas aos casos clínicos que lhe foram submetidos e à avaliação individual, como destaca Analicia Martins ao constatar que o psiquiatra, ainda que reconheça sua existência, desconsidera a complexidade das relações humanas e a capacidade de cada indivíduo de reagir diferentemente em uma mesma situação, tratando as crianças como capazes de agir apenas de uma mesma forma, ou seja, como o alienador as programa²⁷.

²⁴DALLAM, Stephanie J. de. Dr. Richard Gardner: A Review of His Theories and Opinions on Atypical Sexuality, Pedophilia, and Treatment Issues. In: **The Leadership Council**. Disponível em: <<http://www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/2.html>>. Acesso em: 02 out. 2013.

²⁵Ibidem.

²⁶Entre as obras de Gardner destacam-se *The Boys and Girls About Divorce* (1985), Bantam; *Doctor Gardner's Modern Fairy Tales* (1983), Creative Therapeutics; *Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professionals* (1986), Creative Therapeutics; *Sex Abuse Hysteria: Salem Witch Trials Revisited* (1990), Creative Therapeutics; *True and false accusations of child sex abuse* (1992), Creative Therapeutics; *Revisiting the Child Abuse Prevention and Treatment Act: Our best hope for dealing with sex-abuse hysteria in the United States* (1993), Artigo publicado em: <http://www.ipt-forensics.com/journal/volumes/j5_1_3.htm>; *Protocols for the Sex-Abuse Evaluation* (1995), Creative Therapeutics; *Psychotherapy With Sex-ABUSE Victims: True, False, and Hysterical* (1996), Creative Therapeutics e *Sex-Abuse Trauma?: Ou Trauma from Other Sources?* (2001), Creative Therapeutics.

²⁷SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 103.

Pouco depois, a alienação parental foi difundida na Europa, no início do século XXI, por François Podevyn²⁸, e acabou por despertar grande interesse nas áreas de psicologia e do direito, justamente por se tratar de uma condição, de uma situação que se constrói na relação dessas duas ciências.

A psicologia jurídica, território multidisciplinar, revela a necessidade do direito e da psicologia se unirem para melhor compreensão dos comportamentos ou fenômenos emocionais que acontecem com os praticantes e vítimas da alienação parental.

A partir das ideias de Podevyn, entende-se a alienação parental como um processo que consiste em programar uma criança para que odeie o outro genitor, sem nenhuma justificativa, fazendo uma espécie de campanha para desmoralização dele.

Jorge Trindade faz uma abordagem histórica, na qual a mulher sempre foi mais apta do que o homem para o cuidado com os filhos, atribuindo-se a ele a tarefa de subsistência econômica. Mas a partir da década de 80, tudo começou a mudar, foi-se promovendo uma gradativa, porém radical, transformação desses papéis, pois as mulheres se preocuparam com questões ligadas ao trabalho, ao aperfeiçoamento do conhecimento formal e com a carreira profissional, competindo, nesses aspectos, a par e a passo, com os homens que, por sua vez, envolveram-se mais nas atividades domésticas e familiares²⁹.

Nesse sentido o tema ganha destaque com a modificação dos papéis exercidos até então nas relações familiares. Antes, os papéis parentais eram bem divididos, quando da separação, os filhos ficavam em regra sob a guarda materna e ao pai cabia a obrigação de pagar alimentos e exercer o então direito de visitas na forma pela qual estipulado judicialmente. Com a significativa mudança dos costumes e alteração dos papéis nas relações familiares, o homem descobriu a paternidade como um prazer e passou a ser participativo. Hoje, quando do rompimento da relação conjugal, o homem não mais se contenta com a rígida regulamentação de visitas. Nesse cenário destaca-se inclusive a guarda compartilhada, que nasce com o objetivo de aproximar pais e filhos e mostrar que o fim da relação conjugal em nada se relaciona com a unidade familiar, com o vínculo existente entre pais e filhos. A guarda compartilhada é indicada inclusive como medida preventiva à ocorrência da alienação parental.

²⁸PODEVYN, François (04/04/2001). Tradução para português: APASE – Associação de Pais e Mães Separados. In: **Associação Pais para Sempre**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

²⁹TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.162.

A evolução dos costumes levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização e intensificação das visitas.

Tendo o divórcio se tornado mais comum, a mulher obteve mais liberdade em seu agir e maior tempo para se dedicar a outras atividades não apenas restritas ao núcleo familiar. E então nesse contexto, as disputas judiciais pela guarda dos filhos se tornaram mais frequentes nos tribunais.

A prática judicial mostra que a alienação parental em regra está, sim, ligada ao rompimento dos relacionamentos conjugais, às separações dos pais, aos divórcios e ao fim das uniões estáveis. Contudo, há estudos que demonstram a ocorrência da alienação em lares nos quais a convivência e o relacionamento de seus atores fluem com tranquilidade.

François Podevyn esclarece que, em regra, a alienação se manifestará no ambiente da mãe, por reconhecer historicamente que a mulher é a mais indicada para exercer a guarda dos filhos:

A Síndrome se manifesta, em geral, no ambiente da mãe das crianças, notadamente porque sua instalação necessita muito tempo e porque é ela que tem a guarda na maior parte das vezes. Todavia pode se apresentar em ambiente de pais instáveis, ou em culturas onde tradicionalmente a mulher não tem nenhum direito concreto³⁰.

Hoje, o pai que não está mais ausente por funções de trabalho, passa cada vez mais tempo com os filhos, como, por exemplo, na hipótese da guarda compartilhada que será objeto de análise mais adiante.

Assim sendo, não resta dúvida de que a alienação parental é uma forma de maltrato e abuso, mediante a qual o genitor-guardião (em regra) adoecido, acredita-se, utiliza os mais variados artifícios para fragilizar a relação que une o genitor não guardião aos filhos, devendo os operadores do direito estar muito atentos a tal ocorrência.

No sentido de conceituar a alienação parental, Françoise Podevyn a descreveu de acordo com fatos ocorridos em sua própria vida e como conseguiu superar os problemas que teve. Vejamos: “[...] depois que me separei da mãe dos meus filhos, vejo-os se afastarem de mim cada vez mais, apesar de todos os meus esforços. Graças à internet encontrei uma abundante literatura sobre o assunto ”³¹.

³⁰PODEVYN, François (04/04/2001). Tradução para português: APASE – Associação de Pais e Mães Separados. In: **Associação Pais para Sempre**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

³¹Ibidem.

O psiquiatra Gardner, por sua vez, em seus estudos, foi o primeiro a nomear a síndrome “*síndrome de alienação parental*” para se referir ao que descreve como distúrbio no qual uma criança, em base contínua, deprecia e insulta um dos pais, sem nenhuma justificativa, apenas influenciada pelo outro cônjuge. Vejamos: “[...] uma perturbação que surge principalmente no âmbito das disputas pela guarda e custódia das crianças. Sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos pais por parte da criança, a qual não apresenta justificativa”³².

Conforme já mencionado, esse fenômeno é identificado pelos estudiosos e pelos operadores do direito apenas por alienação parental ou ainda implantação de falsas memórias.

Maria Berenice Dias define a síndrome de alienação parental como:

[...] um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objeto de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consistem num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor³³.

Vale ressaltar que a alienação parental recebe críticas por parte de especialistas de diversas áreas, inclusive de saúde mental e jurídicas, com argumentações de que não fora reconhecida por nenhuma associação profissional tampouco científica para que seja denominada como síndrome, sendo que tanto sua inclusão no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – pertencente à *American Psychiatric Association*, quanto a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, conhecida como CID-10 da OMS – Organização Mundial de Saúde foi rejeitada, alegando que a síndrome não apresenta bases empíricas.

A APA (*America Psychiatric Association*) critica o mau uso desse termo nos casos de violência de gênero, sustentado por uma ideologia “pedófila e sexista”, e afirma que termos como “Síndrome de Alienação Parental” podem ser usados para culpar mulheres de seus medos e angústias, motivando as crianças contra seu pai violento, sendo um instrumento

³²GARDNER, Richard A. In: **PsyCare**. Disponível em: <<http://parentalalienation.com>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

³³DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental. Realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

de fraude pseudocientífica, gerando situações de risco para as crianças e provocando a regressão dos direitos humanos das crianças e de suas mães.

Isso quer dizer que apesar de o termo Síndrome da Alienação Parental ter se popularizado nos Tribunais de Família, e em especial, nas disputas de guarda e custódia das crianças, não é reconhecida oficialmente como um processo sindrômico pelos sistemas classificatórios nosológicos existentes na atualidade. O motivo do não reconhecimento é a inexistência de estudos científicos objetivos e consistentes em número considerável que fundamentem a tese de Gardner, bem como a existência de outros que se baseiam em estudos descritivos sobre a dinâmica do processo.

A nosso ver, a síndrome da alienação parental existe e pode ser evidenciada em inúmeros casos em que a criança passa a rejeitar de forma efetiva o pai ou a mãe sem motivo plausível, ela age comissivamente, e para isso cria, distorce ou exagera situações cotidianas a fim de tentar “justificar” a necessidade de afastamento do outro genitor, até mesmo reproduzindo falas falsas de outras pessoas, induzindo a criança a rejeitar imotivadamente o outro pai, inclusive mediante relatos inverídicos de molestação sexual. Neste cenário diz-se que houve instalação da síndrome da alienação parental.

A alienação consiste justamente no processo de programar uma criança para que odeie o outro genitor e, normalmente, é deflagrada sem nenhuma justificativa plausível.

As manifestações ocorrem com um dos genitores fazendo campanha para difamar o outro, verifica-se uma verdadeira combinação de ensinamentos sistemáticos com intervenções absolutamente prejudiciais e lesivas na vida da criança, em seu modo de agir e de pensar.

Conforme já mencionado, a alienação é desencadeada, em regra, no ambiente familiar contemporâneo em que há elevado número de separações e divórcios, mas sua descrição ainda é bastante nova e pouco conhecida por parte dos operadores do Direito.

Após o fim conturbado dos relacionamentos familiares, os pais, por quererem mostrar superioridade em relação ao outro genitor, passam a interferir na consciência dos filhos, usando para tanto formas de agir bastante específicas, muitas vezes como estratégia direcionada para obstruir o vínculo da criança com o outro genitor e obter a guarda somente para si.

Muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera no outro sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande.

Jorge Trindade afirma que “Dessa maneira, podemos dizer que o alienador educa seus filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir, que eles, de modo próprio, levem a cabo esse rechaço”³⁴.

Com frequência, barreiras passam a ser colocadas pelo guardião com relação, por exemplo, às visitas ao menor, sendo usados todos os artifícios e manobras possíveis, desde compromissos de última hora até doenças inexistentes. O mais grave e triste é que tudo isso ocorre por egoísmo, fruto da animosidade dos ex-cônjuges, passando a criança a ser mero instrumento de vingança.

Como não poderia ser diferente a criança, que está sofrendo com essa prática alienadora, rejeitará a manutenção de contato com o outro genitor, sem nenhum motivo aparente. Isso pode ocorrer por vários meses e até anos, gerando consequências gravíssimas de ordem comportamental e psíquica, sendo que se não houver interferência técnica e judicial tempestiva, a superação poderá vir apenas quando a criança e ou adolescente alcançar sua independência e se der conta do que efetivamente aconteceu. Isso se a superação vier.

Conforme já mencionado, em regra, quem tem o papel de genitor alienante, é a mãe/genitora e de alienado, o pai/genitor; isso porque nos dias de hoje ainda são as mães que, geralmente, detêm a guarda dos filhos, cabendo aos pais apenas o regime de visitas. Contudo, mais adiante demonstraremos que pais e mães podem se encontrar em papéis invertidos.

Nesse sentido, cumpre mencionar a pesquisa de 2011 denominada “Registro Civil 2011: Taxa de divórcios cresce 45,6% em um ano” feita pelo IBGE³⁵. De acordo com as Estatísticas do Registro Civil publicadas anualmente pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2011, a taxa de divórcios aumentou significativamente, atingindo o maior patamar desde 1984 e apresentando um acréscimo de 45,6% em relação ao ano anterior, em um total de 351.153 processos judiciais concedidos ou escrituras públicas de divórcios.

³⁴TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

³⁵IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – Registro Civil 2011: Taxa de divórcios cresce 45,6% em um ano. Comunicação Social, dezembro de 2012. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>>. Acesso em: 03 out. 2013.

Esse aumento vertiginoso é fruto, de acordo com a referida pesquisa, dos efeitos da publicação da Emenda Constitucional n.º 66³⁶ no segundo semestre de 2010, a qual viabilizou o divórcio direto, sem a necessidade de completar determinado prazo de separação. Outro efeito direto da Emenda verificou-se na queda do número de separações judiciais de 67.623 para 7.774 de 2010 a 2011.

A faixa etária predominante, de acordo com a pesquisa, compreendeu homens e mulheres entre 30 e 54 anos, sendo que as mulheres tinham entre 30 e 34 anos no grupo majoritário, enquanto os homens tinham entre 35 e 39, e entre 45 e 49 anos. Também foi constatado que o tempo de duração dos relacionamentos findos prevaleceu entre cinco e nove anos e entre um e quatro anos, ou seja, relacionamentos recentes.

No que tange à composição familiar, a maior parte dos divórcios ocorreu entre casais sem filhos (37,2%, taxa sensivelmente superior à aferida em 2001 (26,8%) enquanto naqueles em que havia descendentes, houve expressiva redução nos divórcios em que havia filhos menores, passando de 51,5% em 2001 para 37,1% em 2011.

Gráfico 1 – Taxas de Divórcio (Brasil 1984 - 2013)

³⁶EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 66, DE 13 DE JULHO DE 2010: Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional. Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 13 de julho de 2010."

Por sua vez, a constatação do estado civil de pessoas que empreenderam novo casamento torna-se relevante para o presente trabalho, uma vez que o novo cônjuge pode se tornar uma motivação para a prática da alienação por parte do ex-consorte. Nessa esteira, o IBGE constatou que houve aumento de recasamentos na proporção de 20,3% enquanto em 2001 compreenderam 12,3% dos casamentos no período. Destes a maior parcela é composta por homens divorciados que se casaram com mulheres solteiras (8,7%) contra 4,9% de mulheres divorciadas que se casaram com homens solteiros.

Paralelamente ao aumento na taxa de divórcios, nos casos em que houve decisão sobre a guarda de filhos, a pesquisa do IBGE verificou um notável acréscimo na modalidade da guarda compartilhada de 2,7% em 2001 para 5,4% em 2011, enquanto a guarda materna permaneceu majoritária representando 87,6% do total e a guarda paterna reduziu-se de 5,7% em 2001 para 5,3% em 2011.

Ainda nesse tema, é importante trazer informações de pesquisas realizadas pela União Europeia³⁷. Em Portugal, por exemplo, o conceito de família mudou. Segundo a Pordata, atualmente, os casais que optam por ter filhos são cada vez menos numerosos, uma tendência que confronta a tradição. Havia 2.224.100 famílias sem crianças em 2005. Três anos depois eram 2.357.400 casais. A tendência é partilhada por toda a União Europeia (UE). Fruto da subida de divórcios aumentaram, por sua vez, as famílias monoparentais em 2,6%, em nosso país, e 5,45% na UE dos 27, no mesmo intervalo de tempo. E, note-se, em 2008, registraram-se 90,4% de mulheres portuguesas sozinhas com os filhos, tradição que promete não mudar. A descer nas estatísticas estão os casais com filhos: passaram de 27,3% para 25,8% em nosso país.

Cada país europeu possui legislação própria sobre a guarda de filhos, mas a União Europeia tem normas que uniformizam alguns temas como o da responsabilidade parental da progenitora, que é considerada automática, inerente à sua condição de mãe. Já no que compete ao pai, caso este não seja casado com ela, cada estado-membro define um tratamento específico em sua legislação. Por outro lado, a UE privilegia a manutenção do relacionamento dos filhos com ambos os pais, pelo contato direto, ainda que não vivam no mesmo país.

³⁷União Europeia – EU. A sua Europa. Crianças: Responsabilidade parental. Disponível em: <http://europa.eu/youeurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_pt.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

Vale destacar que as decisões proferidas em tribunais de qualquer país membro da UE em matéria de guarda de crianças, são automaticamente reconhecidas nos demais países membros, à exceção da Dinamarca.

Na Finlândia, dos 33.581 casos judiciais em que houve decisão sobre a guarda de crianças no ano de 2012, constatou-se que 93% optaram pelo modelo de guarda compartilhada, enquanto apenas 6% corresponderam à guarda materna e menos de 1% à guarda paterna³⁸.

Na Inglaterra a situação é parecida com a da Finlândia.

In the majority of cases parents opt for joint custody (or residency), which enables the child to spend an equal amount of time with each parent. This option also allows both parents to participate in any decision making which may affect the child. However, if parents are unable to decide amicably on what living arrangement is best for their child, the courts will decide on their behalf³⁹.

Alguns doutrinadores questionam se a síndrome da alienação parental é equivalente à mera alienação parental ou não. Nesse sentido, Priscila Maria Côrrea da Fonseca destaca:

A alienação parental é o afastamento dos filhos de um dos seus 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 padece a criança vítima daquele alijamento⁴⁰.

Conforme o entendimento colacionado acima, enquanto na síndrome da alienação parental a criança já apresenta condutas de recusa ao contato com um dos genitores, na mera alienação parental haverá a prática de uma série de atos de um genitor para afastar o outro genitor da vida do filho, ou seja, na síndrome o genitor alienador efetivamente já conseguiu incutir no filho o sentimento de repúdio e intolerância em relação ao outro genitor.

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 de seus genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vêm a padecer a criança ou adolescente vítima dela.

³⁸National Institute for Health and Welfare. Child maintenance and custody 2012. Statistical report and appendices. Disponível em: <http://www.thl.fi/en_US/web/en/statistics/topics/social_services_children_and_families/child_maintenance_custody>. Acesso em: 30 out. 2013.

³⁹Child Support Laws. Child Custody Rights. Disponível em: <<http://www.childsupportlaws.co.uk/child-custody-rights.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

⁴⁰FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos genitores e já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo genitor 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, em regra, com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário, o restabelecimento das relações com o genitor preterido.

Por fim, vale mencionar que nos países como Estados Unidos, Canadá, França, Bélgica, Espanha, Alemanha, entre outros, em que existem estudos aprofundados acerca do tema, o próprio Judiciário estabeleceu posturas mais rígidas e incisivas para orientar os pais a combater a ocorrência da síndrome.

Nos Estados Unidos da América, o Código Penal do Estado da Califórnia estipula que "Toda pessoa que guarda, aloja, detém, suprime ou esconde uma criança, e impede com a intenção maliciosa o genitor possuidor da guarda legal de exercer esse direito, ou impede uma pessoa do direito de visita, será castigada com prisão máxima de um ano, de uma multa máxima de US\$ 1,000.00, ou dos dois..." (GARDNER_ADDENDUM2, §13)⁴¹. Na Pensilvânia esse comportamento está sujeito a seis meses de prisão com "sursis", de multa de US\$ 500,00 ou a suspensão ou a supressão da carteira de motorista (GARDNER_ADDENDUM2 §11)⁴². No Texas corre-se o risco de ser inquirido pelo tribunal por haver provocado intencionalmente um desequilíbrio emocional. Os elementos que o caracterizam são: o acusado procedeu intencionalmente ou de maneira imprudente; o comportamento é extremista e ultrajante; o problema sofrido pelo queixoso é resultado das ações do acusado; o problema sofrido pelo queixoso é grave (GARDNER_ADDENDUM2, §17)⁴³.

O Código Civil alemão, artigo 1626, § 1 tem a seguinte redação: "O pai e a mãe têm o direito e o dever de exercer a autoridade parental (*elterliche Sorge*) sobre seus filhos menores. A autoridade parental compreende a guarda (*Personensorge*), e a administração dos bens (*Vermögenssorge*) do filho"⁴⁴.

⁴¹GARDNER_ADDENDUM2. Richard A. GARDNER. Disponível em: <<http://rgardner.com/refs/addendum2.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

⁴²Ibidem.

⁴³Ibidem.

⁴⁴Código civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) – artigo 1626. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2013.
Section 1626 - Parental custody, principles

Segundo o artigo 1626, § 1 do Código Civil, em sua versão emendada, os pais de um filho menor de idade, nascido fora do matrimônio, exercerão de maneira conjunta a guarda do filho se fizerem uma declaração nesse sentido (declaração sobre a guarda compartilhada), ou se eles se casarem.

Segundo o artigo 1684⁴⁵, em sua versão emendada, um filho tem o direito de ver seus dois pais, tendo cada um a obrigação de manter contato com o filho e o direito de visitá-lo.

(1) The parents have the duty and the right to care for the minor child (parental custody). The parental custody includes the care for the person of the child (care for the person of the child) and the property of the child (care for the property of the child).

§ 1626 Elterliche Sorge, Grundsätze

(1) Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).

⁴⁵Código civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) – artigo 1684. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2013.

Section 1684 - Contact of the child with its parents

(1) The child has the right to contact with each parent; each parent has a duty and a right of contact with the child.

(2) The parents must refrain from everything that renders more difficult the relationship of the child to the other parent or the upbringing. Similar provisions apply if the child is in the charge of another person.

(3) The family court may decide on the scope of the right of contact and make more detailed provisions on its exercise, including provisions affecting third parties. It may enjoin the parties by orders to fulfil the duty defined in subsection (2). If the obligation in accordance with subsection (2) is considerably violated permanently or repeatedly, the family court may also order custodianship for the implementation of access (access custodianship). Access custodianship includes the right to demand surrender of the child to implement access and to determine where the child is to be for the duration of access. The order is to be time-limited. Section 277 of the Act on the Procedure in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction applies with the necessary modifications to compensation for expenditure and remuneration of the access custodian.

(4) The family court may restrict or exclude the right of contact or the enforcement of earlier decisions on the right of contact, to the extent that this is necessary for the best interests of the child. A decision that restricts the right of contact or its enforcement for a long period or permanently may only be made if otherwise the best interests of the child would be endangered. The family court may in particular order that contact may take place only if a third party who is prepared to cooperate is present. The third party may also be an agency of the youth welfare service or an association; the latter then determines in each case which individual carries out the task.

§ 1684 Umgang des Kindes mit den Eltern

(1) Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

(2) Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Entsprechendes gilt, wenn sich das Kind in der Obhut einer anderen Person befindet.

(3) Das Familiengericht kann über den Umfang des Umgangsrechts entscheiden und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln. Es kann die Beteiligten durch Anordnungen zur Erfüllung der in Absatz 2 geregelten Pflicht anhalten. Wird die Pflicht nach Absatz 2 dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt, kann das Familiengericht auch eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs anordnen (Umgangspflegschaft). Die Umgangspflegschaft umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Die Anordnung ist zu befristen. Für den Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Umgangspflegers gilt § 277 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend.

(4) Das Familiengericht kann das Umgangsrecht oder den Vollzug früherer Entscheidungen über das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Eine

Ademais, os pais têm de renunciar a qualquer ato que seja danoso para as relações entre o filho e o outro genitor, ou que prejudique seriamente sua educação. Os tribunais de família podem fixar as formas do direito de visitas, e também modos mais precisos do exercício desse direito, também para visitas de terceiros. Também podem obrigar os genitores a cumprir suas obrigações em relação aos filhos. (ELSHOLZ, §21 y 22)⁴⁶.

No que se refere às Cortes europeias, especificamente em 1992, os tribunais alemães recusaram-se a conceder a um pai o direito de visita a um filho nascido fora do matrimônio, e de ordenar um estudo pericial psicológico do filho e de sua mãe. Depois de esgotar todos os recursos possíveis, o pai se dirigiu às Cortes Europeias dos Direitos Humanos para pedir justiça e reparação contra o Estado Alemão. Invocou que a Alemanha não respeitou o artigo 8 da Convenção⁴⁷, segundo a qual:

Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida [...] familiar [...]; Não pode haver ingerência de uma autoridade pública no exercício desse direito, mesmo que essa ingerência seja prevista por Lei e que constitua uma medida que, em uma sociedade democrática, seja necessária [...] para a proteção da saúde, da moral ou da proteção dos direitos e liberdade dos outros.

Entscheidung, die das Umgangsrecht oder seinen Vollzug für längere Zeit oder auf Dauer einschränkt oder ausschließt, kann nur ergehen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Das Familiengericht kann insbesondere anordnen, dass der Umgang nur stattfinden darf, wenn ein mitwirkungsbereiter Dritter anwesend ist. Dritter kann auch ein Träger der Jugendhilfe oder ein Verein sein; dieser bestimmt dann jeweils, welche Einzelperson die Aufgabe wahrnimmt.

⁴⁶Case of Elsholz v. Germany. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/legal/internat/elsholz.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2013. (Inserido no Anexo A).

⁴⁷Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificada nos termos das disposições dos Protocolos n.ºs 11 e 14), Adotada em Roma, em 4 de Novembro de 1950. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Setembro de 1953. O texto da Convenção foi modificado nos termos das disposições do Protocolo n.º 3 (STE N.º 45), entrado em vigor em 21 de Setembro de 1970, do Protocolo n.º 5 (STE N.º 55), entrado em vigor em 20 de Dezembro de 1971 e do Protocolo n.º 8 (STE N.º 118), entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1990, incluindo ainda o texto do Protocolo n.º 2 (STE N.º 44) que, nos termos do seu artigo 5.º, parágrafo 3.º, fazia parte integrante da Convenção desde a sua entrada em vigor em 21 de Setembro de 1970. Todas as disposições modificadas ou acrescentadas por estes Protocolos são substituídas pelo Protocolo n.º 11 (STE N.º 155), a partir da data da entrada em vigor deste, em 1 de Novembro de 1998. A partir desta data, o Protocolo n.º 9 (STE N.º 140), entrado em vigor em 1 de Outubro de 1994, ficou revogado.

Artigo 8º

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

Na sentença ELSHOLZ de 13 de julho de 2000, a Corte Europeia lhe deu razão e condenou a Alemanha a pagar 47.600 DEM por danos morais. Essa sentença mostra que, quaisquer que sejam as leis nacionais, o interesse superior da criança se encontra no direito fundamental de ter acesso a seus dois genitores. (ELSHOLZ, §9 a 19, 29, 54 a 61, 68 a 75)⁴⁸.

2.2 Origem da alienação parental

A alienação parental tem em regra seu nascedouro na ruptura da relação conjugal quando um dos cônjuges, que não consegue digerir as emoções e frustrações advindas de tal rompimento, acaba por transferir para os filhos a mágoa que guarda em relação ao outro genitor.

A alienação parental nada mais é do que uma forma de violência intrafamiliar, que transgride os direitos da personalidade dos filhos.

Conforme já mencionado, a alienação parental se configura por meio da prática de atos com os quais um dos genitores transforma a consciência dos filhos, visando a impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos daquele filho com o outro genitor, sem que existam motivos reais que justifiquem tal conduta.

Os atos alienadores são praticados de forma reiterada até que os sentimentos do filho, criança ou adolescente, se tornem contraditórios em relação ao genitor alienado, sendo que tal comportamento, como também já mencionado está diretamente relacionado aos processos de ruptura conjugal litigiosos.

Essa ruptura do relacionamento conjugal pode-se dar pela separação judicial (para aqueles doutrinadores que entendem que ela persiste no ordenamento jurídico mesmo após a emenda constitucional de n.º 66), pelo divórcio ou ainda pela dissolução da união estável.

A V Jornada de Direito Civil, realizada de 8 a 11 de novembro de 2011, no Conselho da Justiça Federal, aprovou o seguinte Enunciado: “A EC 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial”, proposta pela Professora Regina Beatriz Tavares da Silva⁴⁹.

⁴⁸Case of Elsholz v. Germany. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/legal/internat/elsholz.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2013. (Inserido no Anexo A).

⁴⁹SILVA, Regina Beatriz Tavares da. EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

Esse enunciado foi aprovado com quórum qualificado, em razão da relevância da matéria, pela Comissão de Direito de Família e Sucessões, e em Plenário recebeu aprovação final, com a presença de todas as Comissões da V Jornada de Direito Civil.

Tal Jurista apresentou a seguinte justificativa ao propor o referido Enunciado: “A Emenda Constitucional 66/2010 alterou o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal⁵⁰ e facilitou o divórcio ao eliminar seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio.”

Acrescentou ainda que:

[...] tal norma da CF é formalmente e não materialmente constitucional; ali não são reguladas as espécies de dissolução conjugal, que se mantêm no Código Civil, sem quaisquer pressupostos temporais, mas com a preservação dos efeitos diversos de cada uma dessas espécies⁵¹.

Segue afirmando que:

[...] a manutenção da separação decorre do respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a liberdade na escolha na espécie dissolutória do casamento (CF art. 5º caput). Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC artigo 1.577), o que não ocorre no divórcio, que dissolve o vínculo conjugal, devendo ser preservada a liberdade dos cônjuges na escolha dessa espécie dissolutória. E, exatamente por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (C.F. art. 5º VI e VIII); a supressão da separação violaria a liberdade no exercício do direito de regularização do estado civil dos que têm crença que não admite o divórcio, já que deveriam manter-se separados somente de fato e não de direito, o que, além disso, acarretaria insegurança jurídica pela zona cinzenta da separação de fato.

Em respeito à dignidade da pessoa humana e à tutela dos direitos fundamentais à vida, à integridade física e psíquica e à honra, assim como à proteção especial aos membros da família e ao combate à violência doméstica (CF artigo 1º III, 5º caput, III e X, artigo 226, caput e parágrafo 8º) as espécies dissolutória sanção — baseada no grave descumprimento de dever conjugal (CC artigo 1.572, caput e artigo 1.573) — e dissolutória remédio — causada pela doença mental do cônjuge (CC artigo 1572, parágrafo 2º) —, permanecem vigentes e reguladas no Código Civil, ao lado da espécie baseada na mera impossibilidade da vida em comum. Somente na espécie “dissolutória sanção” ocorre a perda do direito à

⁵⁰CF - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

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

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

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

⁵¹SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ensão plena do cônjuge que violou gravemente dever conjugal (CC artigo 1704) e ao sobrenome conjugal (CC artigo 1.578), e apenas na espécie “dissolutória remédio” existe proteção patrimonial ao enfermo.

Na jurisprudência, encontramos inúmeros acórdãos sobre a aplicação da Emenda Constitucional do Divórcio, que entenderam pela eliminação única e exclusiva dos requisitos temporais do divórcio, com a consequente manutenção da separação, [...].

Os outros Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil, que dizem respeito à Emenda Constitucional do Divórcio, referem-se à manutenção da conversão da separação judicial em divórcio, sem o prazo de um ano para tanto, e à supressão do prazo de um ano de casamento para a separação judicial e extrajudicial⁵².

Para Maria Berenice Dias, ocorrem algumas diferenças com relação aos seus conceitos e devemos compreendê-los e saber diferenciá-los para apreciação da matéria em questão, pois a separação não dissolve a sociedade conjugal e o vínculo entre o casal é mantido. De acordo com o Código Civil Brasileiro apenas o divórcio e a morte dissolvem o casamento. Paradoxalmente, diz a lei que a separação põe termo à sociedade conjugal, mas não a dissolve, verificando-se incongruência entre tais afirmativas⁵³.

Conforme já mencionado, diante da emenda constitucional n.º 66, mas, mais especificamente, dos diversos posicionamentos a respeito da manutenção ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico e, também diante da não alteração formal e expressa dos dispositivos do Código Civil Brasileiro, mantém-se neste estudo a menção à separação judicial.

As separações judiciais, dependendo dos contornos que tenham, podem afetar de forma distinta os filhos. A separação consensual, ou seja, quando ambas as partes entram em acordo para pôr fim ao casamento, em regra, pouco prejudica os filhos; já a separação litigiosa, na qual uma pessoa, autora da ação judicial, imputa e mostra que houve conduta que importe em violação dos deveres do casamento pela outra, pode trazer consequências nefastas tanto para o casal quanto para seus filhos.

A questão da guarda dos filhos surge com o novo código civil e com a frequência crescente das separações judiciais. A psicologia jurídica e o Poder Judiciário passam a atuar juntos para a solução das questões que surgem concomitantemente ao aumento do término dos relacionamentos conjugais.

⁵²SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵³DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2003, p.101.

O Poder Judiciário acaba por receber muitos casos, até mesmo de crises pessoais e interpessoais, sobrecarregando as varas de famílias e da infância e da juventude, com problemas a serem resolvidos a longo prazo. Em muitos casos de separação, divórcio e dissolução de uniões estáveis e, por consequência, a disputa de guarda, fica o Judiciário diante de situações que envolvem violência, abusos, alienações no tocante às crianças e aos adolescentes, fruto de tais relacionamentos.

Os esforços para estimular a pacificação dos conflitos e diminuir o uso do Judiciário nas disputas familiares se traduzem em cartilhas, cursos de formação, em oficinas e eventos de conciliação, tal qual ocorre na Semana Nacional de Conciliação, organizada anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Segundo dados coletados dos tribunais, os casos de família são os mais presentes no evento, com ênfase nos divórcios consensuais, que representaram quase 65% do total de divórcios registrados no país em 2011 pelo IBGE, muitos deles envolvendo decisões acerca da guarda dos filhos, regulamentação de visitas e pensão alimentícia⁵⁴.

Na notícia veiculada pelo portal eletrônico do CNJ, sobre a I Conferência Nacional de Mediação, ocorrida em dezembro de 2013, a conselheira Juíza de Direito Dra. Deborah Ciocci⁵⁵, destacou a existência de projetos-piloto, consistentes em oficinas de divórcio, de prevenção à alienação parental e de comunicação conciliatória, que têm obtido êxito e estão sendo difundidos pelo país⁵⁶.

Dois meses antes, em agosto do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça lançou, em conjunto com o Ministério da Justiça, no III Encontro Nacional dos Núcleos de Conciliação, ocorrido em Brasília, duas cartilhas em conjunto com o Ministério da Justiça no III Encontro Nacional dos Núcleos de Conciliação, ocorrido em Brasília, destinadas a orientar as famílias sobre o divórcio, sendo uma voltada para os pais e outra para os filhos adolescentes. São fruto do Projeto Oficina de Pais e Filhos, iniciado em março de 2013 na comarca de São Vicente/SP. A juíza Vanessa da Rocha é a titular da vara de família e organizadora das cartilhas direcionadas a ex-consortes. Nelas se ressaltam as dificuldades

⁵⁴BARBOSA, Fausto. Semana nacional tem agendadas várias audiências nas Varas de Família. In: **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21981:semana-nacional-tem-agendadas-varias-audiencias-nas-varas-de-familia&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em: 03 dez. 2013.

⁵⁵Membro do Comitê Gestor e da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania.

⁵⁶BANDEIRA, Regina. CNJ promove I Conferência Nacional de Mediação. In: **Agência CNJ de Notícias**. CNJ promove I Conferência Nacional de Mediação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27000-cnj-promove-i-conferencia-nacional-de-mediacao>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

do momento do divórcio e a importância de evitar a instalação de um conflito entre os ex-cônjuges, a fim de poupar os filhos dos traumas decorrentes de uma separação tumultuada. Em capítulo próprio, a cartilha traz o conceito de alienação parental e esclarece, para o público leigo, o teor da lei, questões relacionadas à prática da alienação, quais os atores envolvidos, as consequências e formas de evitar sua ocorrência, terminando por fazer o genitor leitor repensar seus atos e detectar se ele(a) pratica a alienação parental, ainda que sem o perceber⁵⁷.

Os conflitos que envolvem fixação e mudança de guarda, ou seja, que envolvem crianças e adolescentes são aqueles que exigem atenção do Poder Judiciário, pois precisam de muito cuidado e acuidade do setor técnico, sendo que uma decisão errada pode causar grandes transtornos, justamente pela idade dos envolvidos e os procedimentos que ocorrem.

Neste ponto, cumpre fazer digressão ao livro de Saulo Ramos intitulado *Código da Vida*⁵⁸, que trata exatamente de caso análogo ao objeto deste estudo e demonstra a necessidade do cuidado dos profissionais envolvidos para chegar ao deslinde da demanda, evitando a todo custo causar maiores transtornos aos envolvidos.

No processo emblemático patrocinado e relatado no referido livro pelo falecido ex-ministro da Justiça, Saulo Ramos, no qual atuou como advogado de defesa do genitor e conheceu, pela primeira vez, um caso de alienação parental no auge da elaboração da Constituição de 1988, resta evidente, como a qualificação profissional dos atores processuais é indispensável para que o deslinde do feito atenda o melhor interesse das crianças envolvidas.

Na narrativa, o autor desvenda uma trama de falsas alegações perpetradas pela mãe contra o ex-consorte, segundo as quais ele teria praticado atos obscenos contra seus filhos, motivo pelo qual a genitora propôs ação para extinguir seu direito de visitá-los.

No Juízo de primeiro grau, o magistrado, que se revela ninguém menos do que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Antônio Cézar Peluso, concedeu liminar proibindo a visitação paterna. A mãe juntou, como prova das acusações, uma gravação das crianças dizendo o que supostamente o pai as obrigava a fazer. As crianças, com medo da mãe, repetiram as falsas histórias à ordem da genitora, obstinada a vingar-se do pai dos filhos, desmoralizando-o e rompendo definitivamente seu laço com os infantes.

⁵⁷CORDEIRO, Edilene. CNJ e MJ lançam cartilhas para auxiliar famílias sobre divórcio. In: **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25746-cnj-e-mj-lancam-cartilhas-para-auxiliar-familias-sobre-divorcio>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

⁵⁸RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. São Paulo: Planeta do Brasil. 2ª reimpressão, 2007.

Ao longo do processo, Ramos descobriu que a mãe sofria de doença mental (esquizofrenia paranoide), o que lhe trouxe mania de perseguição infundada e consequente fúria vingativa contra o ex-marido. Por outro lado, afortunadamente, as crianças sabiam que era mentira tudo o que foram obrigadas a dizer sobre o pai na fita gravada pela mãe, fato esse contado em juízo, e ainda nutriam sentimentos sadios pelo genitor, não chegando a se aperfeiçoar a quase irreversível síndrome da alienação parental, terminologia que não era conhecida naqueles tempos.

A sentença de improcedência foi prolatada para alterar a guarda dos filhos da mãe para o pai de imediato, ao passo que a mãe deveria se submeter a tratamento psiquiátrico e a visitas acompanhadas até que o pai a considerasse apta a voltar a conviver, sem supervisão, com os filhos. Cumpre mencionar que a sentença, de fato, atropelou a lei processual ao ser extra *petita*, porém, não se pode negar que o magistrado decidiu em prol do melhor interesse das crianças, escorando-se no princípio da razoabilidade das decisões judiciais e colocando o bem-estar dos infantes acima de qualquer obstáculo formalista, que não se presta a resguardar os interesses infantis.

Não fosse pela excepcional dedicação do magistrado que, em conjunto com o perspicaz membro do Ministério Público (Dr. Munir Cury), realizou até mesmo inspeção judicial para conhecer a realidade das crianças, bem como, pelo empenho do próprio Ramos em descobrir a verdade dos fatos para defender seu cliente, esse caso provavelmente resultaria na extinção definitiva do direito de um pai dedicado em conviver com os filhos e condenado aquelas crianças a um crescimento permeado de problemas emocionais decorrentes da convivência turbulenta com a mãe doente e incapaz de criá-los, além da culpa por terem contribuído para o afastamento do pai inocente.

Vale frisar que não houve aplicação de estudo psicossocial nem qualquer apoio de profissionais como psicólogos e assistentes sociais para avaliar o contexto das relações familiares e proferir parecer técnico sobre o ocorrido. As crianças foram ouvidas em audiência diretamente pelo juiz, sem respaldo de um especialista capaz de desvendar as verdades potencialmente elididas em sua mente pelas ameaças da mãe alienadora.

Naquela época, o impacto da prova apresentada pela mãe, por meio da gravação dos filhos, fez com que os servidores do cartório se rebelassem contra o genitor, sendo que, até mesmo seu primeiro advogado renunciou à procuração após ouvir a fita. Enquanto isso, o genitor acusado se preocupava realmente era com o atentado à inocência, à pureza, à moral das crianças de sete e nove anos à época, que foram obrigadas a descrever obscenidades pela

mãe problemática. Contou ainda, em seu depoimento, que concordou em deixar a guarda dos filhos com a mãe, pois, como ela estava fazendo tratamento psiquiátrico com profissional contratada por ele, e apresentava melhoras, acreditou que seria melhor para os filhos evitar os traumas decorrentes de um processo de disputa de guarda litigioso que, inclusive, certamente influenciaria de modo negativo o tratamento da ex-esposa.

Logo, da análise do relatado no livro de Saulo Ramos, pode-se concluir, que as preocupações apresentadas pelo genitor falsamente acusado sintetizam os cuidados que todos os envolvidos em conflitos familiares devem ser orientados a ter, para refletir o melhor interesse das crianças envolvidas no drama familiar. E mais. É possível compreender a acuidade necessária em tais casos, o comprometimento exigido dos profissionais envolvidos a fim de identificar a real verdade dos fatos e como tais profissionais multidisciplinares podem colaborar no deslinde de tais casos, vez que envolvem muito mais do que Direito, envolvem a análise do comportamento e da mente humana.

Denise Maria Peressini explica a interferência da psicologia jurídica na área do processo judicial brasileiro:

Nas Varas de Família e das Sucessões dos Foros Regionais e dos Tribunais de Justiça Estaduais, priorizam-se casos em que há filhos envolvidos (direta ou indiretamente) nas relações processuais. Isso porque, como membro da família afetivamente mais sensível, a criança percebe mais facilmente os efeitos nocivos de uma desestruturação familiar e por esse motivo sofre os maiores prejuízos emocionais e comportamentais⁵⁹.

Infelizmente casais que levam os litígios para as Varas de Família e Sucessões não tentam resolver seus conflitos da melhor maneira possível, sem prejudicar a criança. Esse comportamento se dá justamente porque o casal está sob forte pressão emocional.

Vale salientar que a ruptura do relacionamento dos pais por si só já é um evento traumático para os filhos e pode vir a evocar na criança ou adolescente sentimentos de culpa, ansiedade e abandono, levar os pais a dedicar menor tempo aos filhos e causar problemas escolares, entre outros. Justamente para evitar que o término do relacionamento dos pais repercuta negativamente nos filhos, existem dispositivos legais que os protegem e fazem valer seus direitos, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990.

Judith Wallerstein destaca que:

O divórcio é um processo longo e demorado, de mudança radical nas relações familiares. Apresenta diversas fases, iniciando pela ruptura conjugal e suas consequências imediatas, seguindo-se vários anos de desequilíbrio e, finalmente, acabando com a estabilização de uma nova unidade familiar pós-divórcio ou resultante de um novo casamento.

⁵⁹SILVA, Denise Maria Peressini da. **Psicologia Jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com direitos de família e infância**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.113.

Mudanças complexas, muitas delas inesperadas e imprevisíveis, são desencadeadas pela ruptura conjugal. Os adultos frequentemente reagem com uma regressão severa do ego e não raro se comportam de maneira contrária às suas atitudes mais costumeiras. É comum uma grande divergência de opiniões no desejo de acabar com o casamento. A ofensa narcisista à pessoa que se sente rejeitada estabelece o quadro de raiva, ciúmes sexuais e depressão. As crianças geralmente não são protegidas desse conflito ou sofrimento dos pais. Confrontados com uma discrepância acentuada nas imagens de seus pais, as crianças não estão certas de que o comportamento alterado dos mesmos voltará ao normal. Como resultado disso, é provável que fiquem aterrorizados diante das próprias figuras protetoras em que sempre confiaram⁶⁰.

Paralelamente a essa dificuldade natural dos filhos, de lidarem com o fim do relacionamento dos pais, por vezes um dos cônjuges ou companheiros, sente-se traído, trocado e não aceita o fim do relacionamento. Esse cônjuge ou companheiro inicia, assim, um processo de vingança, destruição, descrédito e desmoralização em relação ao antigo parceiro. Tal processo é colocado em prática justamente em relação aos filhos, que vão ouvir e vivenciar a repetição de atos que exteriorizam todo esse sentimento de rancor e profundo descontentamento da parte desse genitor em relação ao outro.

De acordo com o levantamento bibliográfico realizado pela especialista em psicologia jurídica, Analicia Martins de Sousa, muitos autores⁶¹ constataram, por meio de pesquisas sobre famílias que enfrentaram a separação entre os cônjuges, que esse acontecimento pode provocar uma espécie de aliança, uma aproximação muito intensa entre um dos pais, normalmente o guardião, e o outro não residente, que acaba ficando alijado da relação com o filho. No entanto, diferentemente das conclusões de Gardner, que indicam apenas características individuais de cada membro familiar para justificar o alijamento, as pesquisas supracitadas informam outros fatores mais complexos que podem gerar essa consequência no relacionamento familiar. Por essa razão, Sousa defende que é

⁶⁰WALLERSTEIN, Judith. Filhos do divórcio. In: COSTA, Gley P.; KATZ, Gildo. **Dinâmica das relações conjugais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

⁶¹Essa conclusão foi obtida a partir das seguintes obras: BRITO, L. M. T. Família pós-divórcio: a visão dos filhos. In: **Psicologia, Ciência e Profissão**. Brasília, v.1, n.º 27, p. 32-45, 2007; CARTER, B.; McGOLDRICK, M. (Org.). **As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995; GIBERTI, Eva. *Los hijos de La pareja divorciada*. In: DE GORE, Silvia Chavanneau; OPPENHEIM, Ricardo. *El divorcio y la familia: los abogados, los padres y los hijos*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1985. p. 195-213; GONZALEZ, M. R.; CABARGA, P. L.; VALVERDE, V. J. I. *Percepciones parentales en niños de familias separadas: una nueva version Del Síndrome de Estocolmo?* Anuário de Psicologia Jurídica, p.25-43, 1994; WALLERSTEIN, J.; KELLY, J. B. **Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

imprescindível uma avaliação mais ampla de todos os elementos envolvidos na separação, como os papéis parentais, a legislação e as relações de gênero⁶².

A autora afirma que uma das causas determinantes do processo de alienação pode ser a forma pela qual os pais se relacionam entre si e com a prole, quando confundem conjugalidade com parentalidade, envolvendo os filhos na frustração e demais sentimentos negativos que são nutridos contra o ex-consorte em razão da separação física do casal, ao mesmo tempo em que permanece uma ligação emocional entre ambos, alimentada pelo vínculo dos filhos em comum⁶³. Segundo Cigoli⁶⁴, o conflito gerado pela separação pode provocar um cisma geracional, ocasionando a exclusão do outro genitor da vida dos filhos, ou ainda a divisão dos filhos entre os pais.

Em outra perspectiva, Sousa destaca o estudo de Féres-Carneiro⁶⁵ e Goldenberg⁶⁶, que analisam as diferentes formas pelas quais cada gênero lida com o momento da separação, em decorrência da disparidade de visões sobre o casamento que homens e mulheres nutrem, os primeiros destinando maior foco à constituição de uma família e as segundas, ao relacionamento a dois.

Vale ressaltar que Sousa afasta a explicação de Gardner e conclui que não há relação de causa e efeito entre o litígio conjugal e o envolvimento dos filhos no conflito, tampouco a prática dos pais decorre de suas características individuais⁶⁷:

No entanto, como comprova o estudo de Fauchier e Margolin (2004), as desavenças entre os ex-cônjuges não impossibilitam que se estabeleçam relações positivas entre pais e filhos. Pode-se pensar que não há aí uma relação de causa e efeito, mas que o envolvimento dos filhos pode ser parte do jogo sub-reptício das relações familiares tanto no divórcio quanto ao longo do casamento. Dito de outra forma, as dimensões conjugais e parentais podem se encontrar mescladas em situações de conflito, ou não, no interior do grupo familiar. O envolvimento dos filhos talvez fique mais evidenciado nas situações em que o conflito entre os genitores se exacerba.

⁶²SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p.16.

⁶³No tocante à parentalidade comum como barreira ao completo desenlace dos divorciados, a autora cita BRITO, L. M. T. Pais de fim de semana – questões para uma análise jurídico-psicológica. In: **Psicologia Clínica Pós-Graduação e Pesquisa**. Rio de Janeiro, v. 8, n.º 8, p. 140. 1997.

⁶⁴CIGOLI, V. O rompimento do pacto: tipologia do divórcio e rituais de passagem. In: ANDOLFI, M. (Org.). **A crise do casal: uma perspectiva sistêmico-relacional**. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 171-200.

⁶⁵FÉRES-CARNEIRO, T. Separação: o doloroso processo de dissolução da conjugalidade. In: **Estudos de Psicologia**, Natal, v. 8, n.º 3, p. 370, dez. 2003.

⁶⁶GOLDENBERG, M. Novas famílias nas camadas médias urbanas. ENCONTRO DE PSICÓLOGOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 3. Rio de Janeiro, Nov. 25, 2002. In: **Divisão de Psicologia da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital** (Org.). Rio de Janeiro: DIAG – Divisão de Artes Gráficas do TJERJ, 2003. p. 18-26.

⁶⁷SOUSA, op. cit. p.28.

Outro aspecto é verificado pelo estudo de Wallerstein e Kelly⁶⁸ acerca do primeiro ano seguinte à separação do casal, quando se configura um novo arranjo familiar, novas responsabilidades para cada um dos ex-consortes em todos os aspectos de sua vida, profissional, familiar, financeira, etc., que podem desviar sua atenção dos filhos. Como demonstra Sousa, o estudo em tela aliado aos de Rapizo⁶⁹ e Brito⁷⁰, revelou ainda que se desenvolveu maior interdependência emocional dos filhos, especialmente os menores, e o genitor residente, que na maioria dos casos era a mãe. Em tais situações, os filhos passaram a tomar o papel do genitor como provedores de cuidados e conselheiros, solidariamente à genitora guardiã que sofria com a separação, porém, tais responsabilidades estavam além de sua maturidade psicológica e emocional.

Nesse cenário, constatou-se que um dos genitores iniciava o alinhamento, geralmente a mãe com os filhos menores, envolvendo-os em sua confusão de sentimentos de frustração, rejeição e raiva, e os filhos passaram a rejeitar e atacar o genitor não guardião. Para Wallerstein e Kelly, a carência emocional das crianças, gerada pela separação, tornava sua colaboração recompensadora, pois podiam se sentir mais importantes e necessárias⁷¹. A pesquisa demonstrou ainda, que ambos os genitores praticavam o alinhamento, porém, a duração daquele efetuado pelo genitor não guardião possuía uma duração muito menor, majoritariamente menos de um ano após a separação, enquanto o alinhamento do guardião chegava a um ano e meio, devido ao reforço diário propiciado pelo maior contato entre o genitor e a criança⁷². Já na pesquisa de Brito, esse reforço diário permitiu que o alinhamento perdurasse por vários anos⁷³.

Os autores Gonzalez, Cabarga e Valverde⁷⁴ também são mencionados por Sousa⁷⁵, em razão de seu estudo sobre a percepção infantil em relação aos pais na separação, no qual foi constatado que o guardião costuma ser valorizado de forma mais positiva e com ele os filhos se aliam, enquanto o outro genitor é associado a qualidades negativas, resultando em

⁶⁸WALLERSTEIN, J.; KELLY, J. B. **Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

⁶⁹RAPIZO, R. et. al. Continuando a experiência: os grupos de mulheres e filhos que viveram o divórcio. In: **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, ano X, n.º 19, p. 42, ago. 2001.

⁷⁰BRITO, L. M. T. Família pós-divórcio: a visão dos filhos. In: **Psicologia, Ciência e Profissão**. Brasília, v.1, n.27, p. 32-45, 2007.

⁷¹WALLERSTEIN, J.; KELLY, J. B, op. cit. p. 95.

⁷²SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p.35-36.

⁷³Ibidem. p.35.

⁷⁴GONZALEZ, M. R.; CABARGA, P. L.; VALVERDE, V. J. I. **Percepciones parentales en niños de familias separadas: una nueva version del Síndrome de Estocolmo?** Anuário de Psicologia Jurídica, p. 40, 1994.

⁷⁵SOUSA, op. cit. p.37.

rejeição, independentemente do gênero de pais e filhos. Quanto pior o relacionamento entre os ex-cônjuges, maior tende a ser maior a polarização dos filhos para com o genitor mais valorizado.

Oportunamente, Sousa reflete sobre o procedimento aplicado aos litígios judiciais relacionados à separação e guarda das crianças, visto que a posição de adversários processuais disputando o direito de conviver com os filhos acirra o conflito emocional gerado pela separação entre os genitores e fomenta a formação das alianças entre um dos genitores e os filhos.

Em levantamento do serviço de psicologia jurídica apresentado por Sousa e Samis (2008)⁷⁶, o Judiciário é procurado para solucionar as contendas familiares que as partes já não conseguem resolver por estarem imersas em problemas emocionais entre si⁷⁷, ou ainda para o guardião separar terminantemente o outro genitor, em regra o pai, da vida dos filhos⁷⁸.

Não bastasse isso, o procedimento adotado nos processos de família acaba por alimentar a disputa, na medida em que muitos juizes e psicólogos – integrantes de equipes multidisciplinares – se respaldam em uma concepção bastante criticada de “melhor interesse da criança”⁷⁹, fundada unicamente na guarda unilateral, segundo a qual o genitor que acreditam ser mais apto a cuidar do filho, ou que com ele possui maior proximidade, deve ser o escolhido para receber sua guarda em detrimento do outro e das possibilidades da guarda compartilhada⁸⁰. Outra concepção ainda culturalmente predominante, que influencia a decisão de juízes e psicólogos, facilitando a ocorrência da alienação parental, é o “imperativo materno”, diante do qual se conclui pela maior capacidade natural da mulher de cuidar dos filhos, enquanto ao homem se reserva a condição de mero coadjuvante e à criança, a privação da convivência paterna⁸¹.

Mais um viés dos procedimentos judiciais é a demora no provimento final, que viabiliza a formação de alianças entre a criança e o genitor guardião, caso o consorte que não possui a guarda provisória tenha dificuldades em manter um relacionamento próximo

⁷⁶SOUSA, Analicia Martins de; SAMIS, E. M. Conflitos, diálogos e acordos em um Serviço de Psicologia Jurídica. In: BRITO, L. M. T. (Org). **Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2008. p. 113-136.

⁷⁷SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p.41.

⁷⁸Ibidem. p. 45.

⁷⁹Sousa faz referência ao conceito de melhor interesse da criança segundo as obras de Anna Freud, Goldestein e Solit, No melhor interesse da criança, de 1973, e Françoise Dolto, Quando os pais se separam, de 1980. Ibidem. p.41.

⁸⁰Ibidem. p.42.

⁸¹BARROS, F. O. **Do direito ao pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 102.

com o filho ao longo do processo. Isso porque, além de a guarda unilateral restringir o convívio do outro genitor com a prole, o primeiro ano após a separação de fato, é justamente o período em que os integrantes da família estão mais vulneráveis e suscetíveis a buscar apoio no estreitamento dos laços com aqueles que permaneceram no lar, segundo o já citado estudo de Wallerstein e Kelly⁸².

Finalmente, a ausência de serviços e políticas públicas de suporte às famílias que vivenciam a separação conjugal denota um abandono do Estado no enfrentamento dessa problemática.

A fim de solucionar esses problemas, Sousa e Bonfim (1994) recomendam que haja atendimento psicológico antes da instauração do processo judicial para que os conflitos emocionais de toda a família sejam contornados, com o intuito de viabilizar um acordo mais salutar entre as partes, para o futuro do relacionamento entre os membros familiares, do que sujeitá-los à decisão de terceiros⁸³. No entanto, consoante destaca Sousa, os trabalhos de Abelleira e DeLucca (2004), Bufano, Inglesias e Salgado, (1991), Fernández et al., (1982) e Ribeiro, (2000)⁸⁴ indicam que algumas equipes técnicas de psicólogos atuantes nos tribunais concluíram ser necessário abandonar a avaliação individual dos membros familiares e passar a analisar toda a dinâmica relacional própria de cada entidade familiar em litígio, para compreender os conflitos emocionais instalados e viabilizar sua superação, aproximando a família do processo de decisão da lide e das vantagens de um acordo⁸⁵. Sousa, Barros (1999) aponta ainda que a realização de um acordo construído com a participação de cada ex-cônjuge, acelera a resolução da lide, ao afastar as divergências, e reduz a proposição de novos processos sobre os assuntos decididos, já que as partes tendem a se responsabilizar pelas decisões sobre suas questões, uma vez que participam de sua elaboração⁸⁶. A fala dos doutrinadores aqui é no sentido de apoiar o uso de mediação nos conflitos familiares, com o que há concordância.

⁸²WALLERSTEIN, J.; KELLY, J. B. **Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

⁸³SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 46.

⁸⁴ABELLEIRA, H. DECLUCCA, N. Clínica forense en familias: historización de una práctica. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2004; BUFANO, N. C.; IGLESIAS, S.; SALGADO, C. B. Trabajo em equipo: el juez y el perito psicólogo. In: **Revista de La Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina**, ano 3, n.2, p. 53-68, 1991; FERNANDÉZ, I. A. et al. Los equipos técnicos de los tribunales de justicia. In: **Anuário de Sociología y Psicología Jurídicas**, Barcelona, p. 221-229, 1982.

⁸⁵SOUSA, op. cit., p. 47-48.

⁸⁶BARROS, F. O. **Do direito ao pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

No que compete aos juízes e à equipe multidisciplinar e à legislação, é primordial para a autora que, além da prioridade na tramitação, a guarda compartilhada deixe de ser a exceção para se tornar a regra, abandonando-se a concepção de que é preciso fazer uma escolha entre os genitores, para privilegiar o direito da criança à convivência com ambos os pais no novo arranjo familiar. Complementarmente, essa nova organização da família leva à necessidade de acompanhamento e apoio até a adequação de seus membros às diferentes rotinas que surgem com a separação, motivo pelo qual Sousa, apoiada por outros autores como Brito (2000) e Wallerstein e Kelly (1998), ressalta a imperatividade da prestação estatal de um serviço de auxílio à família pós-divórcio⁸⁷.

É consenso na literatura sobre a separação e guarda de filhos que o divórcio é, com frequência, um processo doloroso que envolve toda a família, podendo trazer mudanças para o exercício dos papéis parentais, bem como sérias consequências para as relações entre pais e filhos. Portanto, a dissolução do casamento revela-se como fenômeno complexo, em que diferentes questões encontram-se entrelaçadas. É importante que se priorizem medidas que visem favorecer o diálogo no grupamento familiar ao mesmo tempo em que promovem o respeito aos direitos de pais, mães e filhos na família pós-divórcio.

Os Autores que lidam com o tema, de forma bastante genérica, indicam como causas determinantes do processo de alienação as seguintes: inconformismo do cônjuge com a separação; a insatisfação do genitor alienante com as condições econômicas oriundas do fim do vínculo conjugal; a insatisfação do genitor alienante com as razões que conduziram ao desfazimento do matrimônio; o sentimento de exclusividade da posse dos filhos do genitor guardião; a falta de confiança fundada ou infundada que o genitor guardião nutre pelo outro genitor; o ódio que o genitor guardião nutre pelo genitor alienado; a depressão do genitor guardião; a diversidade de estilo de vida dos genitores, além de outras.

Em meio ao conflito decorrente da ruptura conjugal, estão os filhos, que passam a ser utilizados como instrumento de ataque, de agressividade por um dos genitores em relação ao outro. Nesse cenário, a criança ou adolescente é levado a afastar-se de quem ama e de quem a ama. Verifica-se nessa situação a ocorrência da alienação parental.

Assim sendo, nesse processo o genitor alienador “educa” os filhos para que tenham ódio do outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que os próprios filhos se coloquem, naturalmente, contra o outro genitor, sendo que no momento em que os filhos passam a gir

⁸⁷SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 48.

comissivamente para o afastamento do outro genitor a síndrome da alienação parental está efetivamente instalada.

As estratégias de alienação parental são múltiplas e tão variadas quanto a mente humana pode conceber, mas possui um denominador comum que se apresenta por meio de avaliações prejudiciais, negativas, desqualificadoras e injuriosas em relação ao outro genitor, interferências na relação do outro genitor com os filhos e, em regra, pelo impedimento ainda que indireto da visitação ou convivência dos filhos com o genitor alienado.

A alienação parental, conforme já ressaltado em momento anterior neste estudo, manifesta-se principalmente no ambiente da genitora, devido à tradição até então existente de que a mulher é a mais indicada para exercer a guarda dos filhos, em especial, quando pequenos. No entanto, ela pode partir do pai ou da mãe, além de se estender a outros cuidadores, tais como avós e tios, entre outros, situações estas que serão esmiuçadas mais adiante.

Cabe neste ponto fazer breves considerações a respeito da extensão e multiplicação dos conceitos de família.

Segundo Lôbo, a solidariedade⁸⁸ se tornou o pilar da família moderna, decorrente da afetividade, que constitui o liame entre seus membros. Abandonaram-se, assim, antigas concepções fundadas em razões econômicas (a família como unidade econômica), políticas (a família como base do Estado), ou religiosas (a família voltada à procriação), consoante foram ocorrendo profundas mudanças sociais, tais como: o declínio do patriarcalismo, a emancipação feminina, com a transformação do papel da mulher no seio familiar, a urbanização, a liberalização sexual e a evolução de técnicas de reprodução assistida.

Por conseguinte, a família moderna se transformou em verdadeiro espaço de repersonalização das relações civis, no qual é ressaltada a realização da afetividade, a mútua colaboração para a vida conjunta, e responsabilidades recíprocas entre seus componentes, em detrimento das relações exclusivamente patrimoniais, caracterizadas na família tradicional⁸⁹. Logo, os laços afetivos se sobrepõem à mera consanguinidade, quando contrapostos, sofrendo baliza do princípio do melhor interesse da criança, na qualidade de sujeito de direitos em pleno desenvolvimento.

⁸⁸Constituição Federal - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

⁸⁹LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.02-13.

A Constituição Federal de 1988⁹⁰ refletiu tal reformulação, na medida em que passou a abranger e tutelar as mais diversas relações familiares, nelas englobando expressamente os relacionamentos extramatrimoniais, a família monoparental, promovendo a igualdade entre os filhos e entre homens e mulheres, além de instituir um direito público subjetivo da família à proteção social e estatal, como já anteriormente previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁹¹.

Com o alargamento do conceito de família, informado pelo termo “entidade familiar”, outros modelos socialmente constituídos, que não somente aqueles arrolados pela Magna Carta, conformaram-se a partir da verificação dos vínculos de família, que podem ocorrer concomitantemente ou não, quais sejam, “vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade”⁹².

Nas palavras de Giorgis, a Constituição aderiu ao princípio da pluralidade das formas de família, segundo o qual as entidades familiares abarcam todos os arranjos familiares dotados de estabilidade, afeto, comunhão de vida e intenção pública de constituir família, razão pela qual estão compreendidas as uniões de pessoas do mesmo sexo, ainda que não haja previsão expressa⁹³. Contudo, impende destacar, que o Superior Tribunal de Justiça já sumulou (súmula 364) acerca da proteção ao bem de família às pessoas que vivem sozinhas, sejam elas solteiras, viúvas ou separadas, detectando a existência da família solitária⁹⁴.

Desse cenário, desponta a conclusão de Giorgis, no sentido de “que a tendência atual é o surgimento de rearranjos dos modelos existentes”, ao sabor das mudanças de valores e costumes na sociedade, estimuladas pelo avanço tecnológico e informacional.

A história das famílias é um roteiro de rupturas sucessivas, onde os agrupamentos se acomodam às mudanças das épocas: família romana, família patriarcal; depois a família nuclear, a eudemonista, a pós-moderna; também a família homoafetiva e a família solitária; as famílias simultâneas e as reconstituídas⁹⁵.

Feitas essas considerações a respeito da extensão e multiplicação os conceitos de família, voltemos ao tema central da alienação parental.

⁹⁰art.226 e parágrafos.

⁹¹art.16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

⁹²LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.02.

⁹³GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.41.

⁹⁴Ibidem. p.42.

⁹⁵Ibidem. p.48.

Quanto ao autor da prática alienadora, a maioria dos doutrinadores que abordaram o tema, que por vez são um pequeno número de juristas, tende a enxergá-lo na pessoa do genitor guardião, como de fato é.

Ocorre que se questiona a possibilidade de o alienador ser o genitor não guardião, aquele que aproveita os momentos em que se encontra com os filhos, nas ocasiões das visitas, que por vezes possui melhores condições financeiras que o outro genitor, e acaba por praticar atos de desmoralização e descrédito em relação ao genitor guardião, com o intuito, por exemplo, de influenciar os filhos a pedirem a inversão da guarda. Nosso posicionamento é por sua existência; sugere-se inclusive até mesmo que essa prática seja denominada de alienação parental inversa ou contrária.

Acredita-se que a alienação parental possa ainda ser instaurada por um terceiro, interessado, por algum motivo, na destruição familiar, por exemplo, a avó (alienação avoenga), a tia, um amigo que dá conselhos insensatos, um profissional antiético como, por exemplo, um advogado, um médico.

A concretização da alienação parental até tornar-se síndrome é capaz de produzir consequências absolutamente prejudiciais na relação do cônjuge alienado com o cônjuge alienador, mas sem dúvida seus efeitos mais nefastos recaem sobre os filhos, as maiores vítimas.

Há quem entenda a alienação parental como uma forma de negligência contra os filhos; já Jorge Trindade⁹⁶ a entende como forma de maltrato e abuso infantil.

Os efeitos prejudiciais que alienação parental pode provocar nos filhos variam de acordo com uma série de fatores, tais como: idade da criança, características da personalidade dos filhos e tipo de vínculo anteriormente estabelecido entre pais e filhos, entre outros.

A identificação da existência e ocorrência da alienação parental não constitui tarefa fácil, pois para tanto são necessárias informações e compreensão de que a alienação parental se trata de uma condição psíquica que demanda tratamento especial e intervenção paralelamente cautelosa e imediata de equipe multidisciplinar.

⁹⁶TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

2.2.1 Das origens da alienação parental

O primeiro autor a definir a alienação parental como já mencionado foi Richard Gardner, Professor de Psiquiatria Clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia, membro da Academia Norte-Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente, sendo o tema difundido na Europa, posteriormente com as contribuições de Françoise Podevyn.

Jose Manuel Aguilar Cuenca esclarece que Gardner tratou do assunto, inicialmente em 1985, quando publicou o artigo intitulado *Tendências Atuais em Litígios de Divórcio e Custódia*. Ocorre, porém, que, apesar de haver registro desse conceito desde a década de 1940, Gardner inovou ao nomeá-lo como *Parental Allienation Syndrome* nos anos 80⁹⁷.

Ivan Aparecido Ruiz e Valéria Silva Galdino Cardin esclarecem que “Tais condutas sempre existiram, mas somente agora, com a valorização do afeto nas relações familiares e com a conscientização da paternidade responsável, é que passam a ter relevância para a sociedade⁹⁸”.

José Manuel Aguilar Cuenca indica alguns trabalhos publicados nos anos 80, tratando do assunto, ou seja, contemporâneos ao trabalho pioneiro de Gardner:

Wallerstein (1980) na Califórnia e Jacobs (1988) em Nova Iorque publicaram informações sobre casos que ambos classificaram como Síndrome de Medeia [...] enquanto Michigan Blush e Ross (1986) publicaram um trabalho em que definiram o perfil da personalidade de pais que apresentaram falsas acusações de crimes sexuais, definindo a síndrome SAID (*Sexual Allegations in Divorce/Alegações Sexuais no Divórcio*).

Finalmente, no mesmo ano, Turkat descreveu a Síndrome da Mãe Maldosa Associada ao Divórcio – mães maldosas são aquelas que usam a lei com sucesso para punir e para ameaçar seus ex-esposos usando todos os tipos de meios legais e ilegais, com o objetivo de impedir o contato entre a criança e o pai em questão (o pai objeto)⁹⁹.

Verifica-se que a alienação parental foi objeto de estudo de alguns profissionais no mesmo período, contudo, foram adotadas definições diversas.

Luciana Belo certamente afirma que

⁹⁷CUENCA, Jose Manuel Aguilar. O uso de crianças no processo de separação. Síndrome de alienação parental. In: **Associação de Pais e Mães Separadas**. Cristina Federici (Trad.). Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

⁹⁸RUIZ, Ivan Aparecido; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A mediação na alienação parental: uma via abverta para pacificação familiar, como forma de acesso à justiça. In: **Congresso Nacional de Conpedi**, 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** p. 167-194, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 175.

⁹⁹CUENCA, op. cit.

Quando acontecem os divórcios, alguns pais ou mães iniciam um processo de destruição do ex-parceiro ou parceira. Sofrendo de uma espécie de Complexo de Medeia, para fazer o outro sofrer, passam a matar emocionalmente e psicologicamente os filhos. Assim, dificultam o relacionamento entre o pai ou a mãe com os filhos, interferem, mentem, escondem, manipulam até a exaustão a mente e emoções dos filhos e ainda se fazem de vítimas. O fato é que tais atitudes interferem negativamente no desenvolvimento da criança. Mas isso não parece fazer parte das precauções dos modernos pais e mães Medeias¹⁰⁰.

E complementa

O mito de Medeia apresenta o retorno psicológico de uma mulher carregada de amor e ódio a um só tempo. Ela é apresentada como um tipo de personagem na tragédia grega como esposa repudiada, abandonada e estrangeira perseguida. Ela se rebela contra o mundo que a rodeia, rejeitando o conformismo tradicional e tomada de fúria terrível, ela assume a vingança como meta para automodificar-se e usa seu poder de persuasão e suas palavras como armas¹⁰¹.

A nosso ver bastante adequada é a relação entre o mito de Medeia e a alienação parental, em que pese poucos ou quase nenhum doutrinador fazer menção a tanto. Nesse sentido, ousa-se concluir que a alienação parental tem, sim, origem no Mito de Medeia, mas foi inicialmente diagnosticada por Gardner.

¹⁰⁰BELO, Luciana. Medeéia, um complexo destrutivo. 12 jul. 2011. In: **Mitologia Grega**. Disponível em: <<http://eventosmitologiagrega.blogspot.com/2011/07/medeia-um-complexo-destrutivo.html>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

Nesse contexto, importa conhecer em breves linhas o complexo de Medeia, peça escrita por Eurípedes, dramaturgo grego, no ano 431 a. C. para então entender a relação do mito com a alienação parental. De acordo com Luciana Belo, Medeia era uma famosa feiticeira, filha do rei Aetes da Cólquida, que foi encarcerada pelo próprio pai, por medo de seus encantamentos. Valendo-se de magia, fugiu e se refugiou no templo de Helius. Quando Jasão foi à Cólquida, Medeia o ajudou a recuperar o velocino de ouro. Apaixonada por Jasão, Medeia o auxiliou na fuga raptando o próprio irmão, o príncipe Absirto, herdeiro do trono. Em fuga pelo mar e perseguidos pela esquadra do rei, Medeia esquartejou o próprio irmão lançando seus pedaços ao mar para salvar Jasão e os Argonautas. Enquanto o rei de Cólquida recolhia os pedaços do seu filho, a nau Argos fugiu. Durante a longa viagem de volta, Jasão teve dois filhos com Medeia. Quando finalmente Jasão tomou posse do trono, ele se apaixonou por outra mulher. Repudiada Cheia de ressentimento e cheia de ódio, Medeia enviou, para a amante de Jasão, um vestido mágico para a amante de Jasão, cujo tecido impregnado de veneno terminou por matá-la. Além disso, em sua vingança, envenenou os filhos da amante e lançou sobre Jasão uma terrível maldição, de que morreria de forma violenta. Chegando em Atenas, Medeia casou-se com o rei Egeu e dessa união nasceu o filho Medo. Egeu era pai de Teseu, mas não conhecia o filho. Quando Teseu chegou em Atenas, Medeia tentou envenená-lo, mas Egeu descobriu a trama e impediu que o filho fosse assassinado. Medeia foi expulsa do seu reino, e nada mais lhe restava senão retornar para Cólquida. Quando Medeia descobriu que seu pai havia sido deposto do reino e morto por seu tio Perses, Medeia e Medo expulsaram Perses. Depois de recuperar o trono, o filho de Medeia se tornou rei.

Medeia foi uma mulher que deixou tudo (reino, família, sonhos) para seguir a pessoa amada. Ao ser rejeitada e traída pelo homem amado, o amor que possuía se transformou em ódio e, então, como forma de vingança, tirou do homem que amava aquilo que, a creditava, fosse o mais importante, qual ou seja, sua descendência, matando os filhos que teve com Jasão.

¹⁰¹Ibidem.

2.2.2 Das definições de alienação parental

Importante tópico na temática é a nomenclatura utilizada para a situação na qual um dos genitores, em regra, a mãe e guardiã, pratica atos que visam a colocar o filho do casal contra o outro genitor, em regra, o pai não guardião.

Os nomes mais comuns utilizados para identificar tal comportamento são: alienação parental, síndrome da alienação parental e também implantação de falsas memórias. Jocélia Lima Puchpon Gomes de forma solitária nomeia tal comportamento como uma forma de *bullying* familiar¹⁰².

Importante é mencionar que a questão da nomenclatura utilizada para demonimar tal comportamento estava entre as preocupações de Gardner. Vejamos:

Os profissionais de saúde mental, os advogados de direito de família e os juízes geralmente concordam em termos visto, nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite ao genitor alienante ganhar força no tribunal para alavancar seu pleito. Há uma controvérsia significativa, entretanto, a respeito do termo a ser utilizado para esse fenômeno. Em 1985 introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para descrever esse fenômeno¹⁰³.

Cada doutrinador faz sua escolha quanto à nomenclatura mais adequada.

Jorge Trindade se alinha à expressão “Síndrome de Alienação Parental” e a define como um

[...] transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição¹⁰⁴.

¹⁰²GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental. O Bullying Familiar**. São Paulo: Imperium Editora, 2014.

¹⁰³GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP) Rita Rafaeli (trad.) In: **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap1/o/dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

¹⁰⁴TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis adotam a nomenclatura “alienação parental”, definindo no seguinte sentido:

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho¹⁰⁵.

Em que pese os doutrinadores usarem nomenclaturas diferentes para nominar o comportamento alienador, acredita-se que a alienação parental e a síndrome da alienação parental retratem situações diversas. A nosso ver a alienação parental pode, sim, transformar-se na síndrome da alienação parental, quando instalado o comportamento alienador do genitor a ponto de passar a repercutir negativamente na vida dos filhos e do genitor alienado.

Nesse sentido é o posicionamento de Priscila Maria Corrêa da Fonseca

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 relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho¹⁰⁶.

A doutrinadora bastante crítica Analícia Martins de Sousa ressalta os equívocos frequentes havidos na denominação do comportamento alienador, além de questionar, conforme já mencionado, as distorções publicadas a respeito das ideias de Gardner. Acredita ela que a doutrina nacional tenha propagado as ideias de Gardner como absolutas o que critica, por ser da opinião de que falta discussão sobre o tema.

Percebeu-se, portanto, certa confusão e imprecisão quanto à definição da síndrome da alienação parental nas publicações nacionais analisadas. Como se nota, algumas ideias de Gardner, por vezes distorcidas, são propagadas como verdades absolutas. Identifica-se, ainda a ausência de debate sobre o conceito de SAP [...] não constar nos manuais psiquiátricos de classificação de transtornos mentais, assim como são ignorados questionamentos levantados pela literatura estrangeira acerca da cientificidade das publicações do psiquiátrico de classificação de transtornos mentais, assim como são ignorados questionamentos levantados pela literatura estrangeira acerca da cientificidade das publicações do psiquiatra norte-americano¹⁰⁷.

¹⁰⁵FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43-44.

¹⁰⁶ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria**, 28 (3). p. 162-168. São Paulo, 2006, p. 164.

¹⁰⁷SOUSA, Analícia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental. Um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 145.

A psicóloga e psicanalista Giselle Câmara Groeninga, por sua vez, sugere que a nomenclatura mais adequada seria “Fenômeno de Alienação Parental”, mas ressalta ser necessário

[...] apontar que a SAP tem sido utilizada de modo ambíguo, nos dois sentidos, o médico e o figurado. E o risco de se misturarem os dois níveis de análise, tentando imprimir um caráter objetivo e científico positivista à síndrome, está em tratar um fenômeno com alta dose de subjetividade de modo reducionista, extrapolando as categorias são versus doente, e reintroduzindo as categorias inocentes versus culpado, vítima versus algoz, em relacionamentos familiares disfuncionais. Não que não haja vítima, mas num plano de análise interdisciplinar da intersubjetividade das relações, a vítima a ser considerada é a família e todos seus membros¹⁰⁸.

Jussara Schmitt Sandri concorda com o posicionamento de Giselle Câmara Groeninga e complementa

Sendo adotada a terminologia de “Fenômeno de Alienação Parental”, estar-se-ia tratando do problema com uma visão macro, o fenômeno como um todo, de forma interdisciplinar, cuja maior vítima é a família e, por consequência, também, todos os seus integrantes, considerando-se, então, que a alienação parental é o processo de afastamento do filho de um de seus genitores, ou seja, refere-se aos atos que um dos genitores realiza em face do filho para afastá-lo do outro genitor, e, por sua vez, a síndrome de alienação parental diz respeito ao filho, que vitimado pela alienação executada pelo genitor alienados, cede às acusações e rejeita a presença do outro genitor, vítima de todo esse fenômeno¹⁰⁹.

Paralelamente às discussões sobre a nomenclatura adequada, foi publicada em 26 de agosto de 2010 a Lei n.º 12.318, denominada Lei de Alienação Parental, que trouxe em seu artigo 2º a expressão “ato de alienação parental”. Vejamos:

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. (grifo nosso)

Assim sendo, conclui-se que, enquanto houver apenas atos de um genitor (ou de outra pessoa da família) tentando ludibriar, manipular o filho contra o outro genitor, estar-se-á diante de situação de alienação parental. Contudo, quando o filho aceita essa manipulação, é efetivamente ludibriado a ponto de agir de forma ativa no sentido de se

¹⁰⁸GROENINGA, Giselle Câmara. O Fenômeno Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 124.

¹⁰⁹SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 97.

afastar do outro genitor, acredita-se que nesse momento está configurada a síndrome da alienação parental.

2.3 Como a alienação parental se manifesta

Conforme amplamente salientado neste trabalho, a alienação parental consiste em restringir ou eliminar o papel do chamado “visitante” na vida da criança ou adolescente (filho). Está presente em todas as camadas sociais, mas pode ganhar contornos específicos, dependendo do caso concreto.

Na justiça que lida com os litígios de família, as situações que envolvem a alienação parental costumam aparecer em ações de regulamentação de visitas, de modificação do regime de visitas fixado na ação de separação ou divórcio, de fixação ou alteração de guarda e nas ações cautelares.

Com atitudes intencionais ou não¹¹⁰ de manipulação dos sentimentos que o filho nutre pelo alienado, o alienador pretende desconstituir o vínculo entre eles, terminando por provocar falsas memórias e associações negativas nos filhos com relação ao alienado. Essa conduta pode se dar por meio de discursos negativos e lamentações, transferindo a frustração do relacionamento rompido ao filho, ou chantagem emocional, na qual o filho é induzido e pressionado a ficar ao lado do alienante contra o alienado para agradar e mostrar-se fiel ao primeiro¹¹¹.

Para Fonseca, o alienador abusa emocionalmente¹¹² do infante ou adolescente por meio de tortura mental ou física até que este passe a rejeitar o alienado, fomentando o ódio, praticando lavagem cerebral, ou criando falsas memórias, instalando, assim, a síndrome da

¹¹⁰Segundo a jurista e professora da Faculdade de Direito da USP, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, o alienador que age inconscientemente é chamado de alienador ingênuo, ou *naive alienator* nos EUA. In: FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. p. 163. Acesso em: 03 out. 2013.

¹¹¹FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.24-25.

¹¹²A justificativa para a qualificação da alienação parental como abusiva se funda nas consequências psicológicas, comportamentais e até físicas que foram verificadas em diversos casos de SAP analisados, como indica Fonseca. FONSECA, op. cit., p. 163.

alienação parental, que poderá levar à dissolução do vínculo familiar entre a criança ou adolescente e o alienado.

A prática mais extrema de alienação parental é realizada pela falsa denúncia de abuso sexual ou físico, inculcando falsas memórias no infante ou jovem que passa a acreditar que sofreu a violência pelo alienado. Contudo, outros atos menos extremos, mas também deletérios, podem ter o intuito alienador, como a mudança de domicílio para se distanciar fisicamente do alienado, dificultando ou impedindo a continuidade de sua convivência e participação na vida do filho¹¹³. As barreiras criadas, em regra, pelo guardião, para impedir o exercício da visitação pelo genitor não guardião podem compreender as mais diversas formas, de doenças inexistentes a compromissos de última hora, transformando a criança em mero *instrumento de vingança*¹¹⁴ pela separação.

Mas, para Fonseca¹¹⁵ a atitude de alienação parental majoritária se consubstancia na omissão do genitor guardião que permite à criança decidir se afastar do outro genitor por conta própria.

Quaisquer atos que impeçam ou dificultem o contato entre o alienado e o filho, seja por telefone, ou pessoalmente, ou que, ainda, impeçam que um se informe sobre o cotidiano do outro, fazem parte da conduta alienadora, como ilustra Maria Pisano Motta:

É a recusa de passar as chamadas telefônicas; a passar a programação de atividades com o filho para que o outro genitor não exerça o seu direito de visita; apresentação do novo cônjuge ao filho como seu novo pai ou mãe; denegrir a imagem do outro genitor; não prestar informações ao outro genitor acerca do desenvolvimento social do filho; envolver pessoas próximas na lavagem cerebral dos filhos; tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor; sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira cuidar do filho; ameaçar o filho para que não se comunique com o outro genitor¹¹⁶.

Entre as situações mais citadas que podem culminar na Síndrome da Alienação Parental estão:

¹¹³LAGRASTA NETO, Caetano. LAVAGEM CEREBRAL - O que é a Síndrome da Alienação Parental. In: **Revista Consultor Jurídico de 17.09.2011**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁴FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013, p. 163.

¹¹⁵Ibidem. p. 165.

¹¹⁶MOTTA, Maria Pisano. A síndrome de alienação parental. In: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (Org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007. p.44.

- mãe ou pai, após o fim do relacionamento do casal, seja por meio da separação, do divórcio ou ainda do reconhecimento e dissolução de união estável, impõe os mais variados obstáculos à convivência do(s) filho(s) com o outro genitor;
- crianças fruto de um namoro ou de uma relação eventual entre jovens pais. Muitas vezes não há afinidade entre os pais e, nesses casos, a interferência dos avós, cada vez mais presentes na criação dos netos, pode vir a reforçar o processo de alienação;
- crianças nascidas de pais adolescentes que, sem o apoio da família de origem de um dos genitores, necessitam ser deixadas com uma pessoa da família, para que a mãe ou o pai possa trabalhar. A ausência dessa mãe ou desse pai pode vir a engendrar o sentimento de posse por parte da pessoa que cuida da criança, dificultando o acesso à figura paterna ou materna;
- crianças cujos pais se separaram após relacionamento marcado por violência costumam ser alienadas após a separação. A mãe, amedrontada pelas ameaças sofridas, muda-se sem deixar o endereço, temendo que a visitação se torne uma forma de controle. Muitas vezes tal violência se dava apenas com a genitora, havendo preservação dos filhos;
- crianças cujo guardião vem a falecer precocemente correm o risco de ser alienadas em relação àquele que não exercia a guarda. A pessoa mais próxima do falecido guardião, na maioria das vezes uma avó, tia ou mesmo padrasto ou madrastra, depositam no menor o sentimento de perda, temendo que o pai ou a mãe vivos subtraia aquele que representaria a continuidade do falecido.

2.4 Contexto da alienação parental

No impedimento da convivência da criança ou adolescente com um dos genitores, em regra o não guardião, algumas situações são recorrentes.

O pagamento da pensão alimentícia costuma, com bastante frequência, ser motivo de desentendimento. Infelizmente é muito comum o guardião impedir que o não guardião visite, veja o(s) filho(s) sob a alegação de que aquele não paga a pensão alimentícia devida, que o valor pago está aquém das necessidades do(s) menor(es) ou ainda que o não guardião teria condições financeiras de contribuir com maior quantia do que efetivamente o faz.

É recorrente a situação de diminuição do padrão financeiro dos filhos quando da separação dos pais, uma vez que nem sempre a partilha de bens é possível naquele momento ou ainda aquele que sai de casa passa a ficar envolvido com a reconstrução de sua vida, não consegue sustentar duas ou mais famílias e acaba, por vezes, negligenciando as necessidades dos filhos.

Questões relacionadas às diferenças de classe social podem surgir como impedimento à convivência entre pais e filhos, visto que um deles pode passar a residir em local violento, sendo impedido de ter o filho consigo para visitação.

Questões relacionadas ao comportamento sexual do não guardião podem ser trazidas a fim de denegrir sua imagem e impedir a convivência com a prole. A orientação sexual, a mudança de parceiros, a rotatividade da mudança de parceiros, podem ser motivos para questionar a conveniência dos filhos com o não guardião.

O genitor alienador, em regra, se coloca em posição de superioridade em relação ao não guardião, em especial, porque conta com o apoio moral de familiares, amigos e profissionais envolvidos, uma vez que seu relato é sedutor e a alegação de proteção da prole, de defesa da criança é sempre bastante convincente.

Cabe aqui ressaltar que os terceiros envolvidos nessa situação, tais como amigos, parentes e profissionais devem ser bastante cautelosos em aceitar a visão unilateral do guardião, inclusive incentivando-o a compreender melhor e sem emoção, quando possível, o que está ocorrendo, e indicando a procura por serviços especializados.

Os técnicos que se deparam com casos de alienação parental precisam ser também bastante cautelosos, uma vez que o alienador não é um monstro, mas uma pessoa com visão unilateral da situação, que acredita estar fazendo e dever fazer todo o possível e o impossível para proteger os filhos, ou seja, não se trata de uma pessoa má, endemonizada, mas sim uma vítima da situação, por vezes doente e necessitada de tratamento especializado.

Além do atendimento do alienador, o contato com os filhos é bastante delicado, visto que a criança e o adolescente estão no auge da vivência do fim do relacionamento dos pais, não sabem ao certo como lidar com tal separação, se devem se posicionar ou não e como devem se comportar, entre outros questionamentos tão relevantes quanto esses.

A psicóloga Judith Wallerstein, à frente de um grupo de pesquisadores da Universidade de Berkley na Califórnia, avaliou os impactos do fim do relacionamento dos pais na vida dos filhos. Segundo a pesquisadora

[...] o principal impacto não acontece na infância ou adolescência. Na hora de escolher um parceiro para a vida e construir uma nova família, os “filhos

do divórcio” se identificam com o relacionamento entre os pais. Pelo fato de estarem em anos de formação, os novos papéis que as crianças assumem na família passam a fazer parte de seu caráter¹¹⁷.

2.5 A alienação parental, a família em transformação, a pluriparentalidade e a questão de gênero

Não só o direito, mas também muitas outras ciências, tais como a antropologia, a história, a psicologia, a psicanálise, as ciências sociais, ocupam-se com o pensar sobre a família, sua origem e transformações.

Conforme já foi dito neste trabalho, a palavra *família* vem do latim *famulus*, que significa escravo ou servo. A família romana referia-se ao conjunto de escravos ou criados de uma determinada pessoa ou a tudo aquilo que estivesse incluído no *patriae potestas*: mulher, filhos, escravos e bens. Diante da natureza patriarcal dos vínculos, a mulher em Roma devia obedecer ao marido como seu senhor e os filhos pertenciam a seus pais, a quem deviam sua vida, sendo que o *pater familias* tinha direito absoluto sobre a mulher e os filhos.

No passado a família era muito mais uma unidade produtiva e reprodutiva que uma unidade emocional; constituía um mecanismo destinado a transmitir patrimônio e posição social; a linhagem era mais importante do que o estarem juntos ao redor da mesa.

Não há dúvida de que as transformações havidas na sociedade, tais como as mudanças políticas, econômicas e sociais, nas últimas décadas, trouxeram alterações significativas no formato, desenho e composição das estruturas familiares.

As famílias modernas tendem a ser menores, nelas próprias há maior mobilidade, e ficam menos tempo juntas; aumenta a participação feminina em seu sustento e tendem a ser menos instáveis socialmente. As unidades familiares estão mais individualizadas e nucleares, a diversidade marcante nas sociedades modernas traz reflexos fortes para a composição dos arranjos familiares e ainda se verifica a mudança na dinâmica dos papéis parentais e das relações de gênero.

¹¹⁷WALLERSTEIN, Judith; LEWIS, Julia; BLAKESLLE, Sandra. **Filhos do Divórcio**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

Todas essas alterações sofridas pela família, geradas em regra pelas tendências da sociedade contemporânea, resultaram na dinâmica, modificação e dissolução dos casais, no aumento da frequência dos divórcios e separações, sendo que o papel da mãe como eterna guardiã dos filhos também sofreu mudanças.

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, entre os anos de 1991 e 2002, o volume das separações subiu de 76.223 para 99.693, e os divórcios de 81.128 para 129.520, refletindo variações de 30,7% e 59,6%, respectivamente. No ano de 2002, a média de idade dos cônjuges no momento da separação judicial e divórcio foi de 37,7 para homens e 35,0 para mulheres¹¹⁸.

Conforme já mencionado neste estudo, o IBGE apresentou novos dados em 2011, sendo que a taxa de divórcios aumentou significativamente, atingindo o maior patamar desde 1984 e apresentando um acréscimo de 45,6% em relação ao ano anterior, em um total de “351.153 processos judiciais concedidos ou escrituras públicas de divórcios”¹¹⁹.

Como já mencionado, também esse aumento seria fruto dos efeitos da publicação da Emenda Constitucional n.º 66 no segundo semestre de 2010, a qual viabilizou o divórcio direto, sem a necessidade de completar determinado prazo de separação. O outro efeito direto verificado da emenda foi a queda no número de separações judiciais de 67.623 para 7.774 de 2010 a 2011.

Na pesquisa realizada entre os anos de 1991 e 2002, a proporção de casais com filhos menores de idade nas separações judiciais no mesmo período foi de 73,1% e nos divórcios, de 58,4%. A responsabilidade de guarda dos filhos menores ficou, em sua maioria, ao encargo das mães (91,8% nas separações e 89,7% nos divórcios). Ainda segundo dados do IBGE, apenas 4,8% dos pais assumiram a guarda dos filhos nos casos de separação e 5,8% nos divórcios. Em 2,6% das separações e 2,7% dos divórcios ambos os pais eram responsáveis pela guarda dos filhos menores.

Os dados do IBGE mostraram ainda que o segundo tipo mais frequente de casamento é aquele em que apenas um dos cônjuges se casa pela primeira vez (10,5%). Entre esses, a união entre divorciados e solteiros é a mais frequente, e representou 8,3% do total de

¹¹⁸IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - Registro Civil. Volume 29, Rio de Janeiro: 2002, p.35.

¹¹⁹IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – **Registro Civil 2011: Taxa de divórcios cresce 45,6% em um ano**. Comunicação Social, dezembro de 2012. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>>. Acesso em: 03 out. 2013.

casamentos em 2002. O novo casamento de homens divorciados passou de 5,3% do total em 1991 para 10,8% em 2002. Na última década, cresceu em 57,7% o número de homens divorciados ou viúvos dispondo-se a casar pela segunda vez foi de 71.951 em 2003 contra 45.622 em 1993.

Já na pesquisa realizada em 2011, no que se refere à composição familiar, a maior parte dos divórcios ocorreu entre casais sem filhos (37,2%), taxa sensivelmente superior à aferida em 2001 (26,8%), enquanto naqueles em que havia descendentes, verificou-se expressiva redução nos divórcios em que havia filhos menores, passando de 51,5% em 2001 para 37,1% em 2011.

Esse conjunto de transformações ocorrido nas últimas décadas nas famílias, que inevitavelmente litigam na justiça, mostra que as existentes na atualidade não se enquadram no arranjo familiar nuclear; seus integrantes muitas vezes já constituíram um núcleo novo ou mais de um.

Se no passado a recomposição familiar ocorria apenas após o falecimento de um dos cônjuges, hoje decorre muito mais do divórcio, da separação de fato ou da dissolução das uniões estáveis. Nas condições atuais, o novo companheiro da mãe ou a nova companheira do pai não ocupa o lugar deixado por alguém que faleceu, mas se insere em um contexto familiar de pai, mãe e filhos.

Dentre os novos arranjos familiares existentes na atualidade, destaca-se o que a doutrina denomina de família reconstituída, recomposta, refeita, mista, mosaico, ou segunda família¹²⁰, consistente na relação entre enteados e pais, ou mães afins (padrastos, ou madrastas)¹²¹, provenientes do entrelaçamento dos grupos familiares¹²². Compreende, em análise macroscópica, a união de pais separados, divorciados, ou viúvos, que possuem filhos dos relacionamentos anteriores, além de ainda poderem constituir prole em comum, culminando em uma terceira entidade familiar¹²³.

A partir dessa nova conjectura, surgem questões que repercutem incisivamente no direito de família, tal qual a extensão do poder familiar do pai ou mãe afim, com provável

¹²⁰GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.46.

¹²¹Giorgis faz relevante menção à legislação estrangeira nos seguintes termos: Assim, na Alemanha, algumas regras tratam da divisão do poder familiar entre o genitor biológico e o afetivo, o direito de visitas, a possibilidade de outro nome; a legislação argentina prevê a possibilidade de obrigação alimentar pelo pai afim; e, Maryland, cogita-se da herança do padrasto para o enteado; em Portugal, a cogestão de poderes etc. p.47.

¹²²LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.73.

¹²³GIORGIS, op. cit., p.46.

“superposição de papéis parentais”¹²⁴, e as implicações do novo relacionamento entre os membros provenientes de cada grupo familiar. Tais desdobramentos já refletiram na legislação e jurisprudência no que tange a casos de adoção do nome do pai afim, fixação de pensão alimentícia para enteado, legitimidade do pai afim para pleitear indenização por morte do enteado, a retomada de imóvel pela sogra, conforme destaca Giorgis. Como ainda destaca o autor, o artigo 1.595 do Código Civil¹²⁵ estabelece o vínculo de afinidade entre os membros de cada família, do qual decorre a constatação de que, “como o enteado é parente em linha reta do outro cônjuge ou companheiro este parentesco por afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”¹²⁶.

De outro lado, precipuamente, os irmãos afins não são atingidos pelo impedimento de se casarem entre si, previsto no artigo 1.521 do Código Civil¹²⁷, porém, dada a afetividade que permeia seu relacionamento no seio da nova família, Waldyr defende que estão impedidos de contrair matrimônio¹²⁸.

Dadas as complexidades inerentes a esse peculiar modelo de entidade familiar, Lôbo critica que a legislação de direito de família foi elaborada com foco apenas em um primeiro casamento, pois, apesar de permitir a separação e o divórcio, não possui regramento destinado às famílias reconstituídas, a fim de prevenir a ocorrência de conflitos entre os pais afins e os pais não guardiães originários no exercício do poder parental.

Gilda Ferrando afirma em seu livro que

As famílias recompostas introduzem elementos de relevante novidade no panorama familiar; sendo um verdadeiro desafio aos modelos socioculturais do casamento e da família tradicional; esses novos modelos de família colocam em crise tanto o ideal monogâmico inerente à nossa tradição quanto o ideal de perenidade e exclusividade das relações

¹²⁴LÔBO, op. cit., p.73.

¹²⁵CC - Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

¹²⁶GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.47.

¹²⁷CC - Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹²⁸GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 667.

parentais. Evidencia-se assim a possibilidade de abrir o sistema a novas figuras que não rivalizam com os pais, não os substituem, mas, ao contrário, poderiam ser acrescentadas às relações genealógicas de filiação¹²⁹.

E segue a Professora afirmando que

Nas novas famílias, o novo parceiro, diversamente, vive um processo de agregação, de forma a ser “acrescentado” à imagem do genitor, criando novos laços que às vezes se estendem até as redes de parentesco. Inevitavelmente a convivência com o parceiro ou parceira do genitor influi na formação do filho; muitas vezes tal convívio instaura uma confusão de papéis à qual os psicólogos – os trabalhos apresentados sobre o tema testemunham tal relação – são chamados a esclarecer, sem que haja, porém, a pretensão de anular uma das partes em questão perante o filho¹³⁰.

Continua ela afirmando:

Diante de um fenômeno de tal dimensão, ainda não contamos com os instrumentos necessários para enfrentá-lo. Não se trata de instrumentos linguísticos, já que padrasto e madrasta são atualmente termos relegados aos contos infantis. [...]. Dessa forma, nos vemos tentados (uma tendência efetivamente italiana) a tomar emprestados termos estrangeiros: stepfamilies, blended family, step-parent. São empregados também, embora com menor frequência, alguns termos entre os franceses: famille éclatée, beau père, belle méres. [...]. Fazendo uso do próprio idioma italiano, se alternam os seguintes termos: seconda famiglia (segunda família), famiglia rinnovata (família renovada), famiglia ricomposta (família recomposta), ricostituita (reconstituída), aperta (aberta)¹³¹.

A palavra “madrasta” carregada de um sentido negativo, hoje não mais o é, pois expressa justamente a pluralidade de laços existentes no interior das famílias recompostas.

O sistema ocidental não conhecia, tampouco concebia a pluriparentalidade, ou seja, o compartilhamento das tarefas, deveres e direitos para com os filhos entre pais biológicos e sociais. Até pouco tempo atrás, as funções parentais (educar, dar identidade, transmitir conceitos e valores morais) eram de competência exclusiva do pai e da mãe, em regra.

Nesse contexto é importante trazer à baila a Lei brasileira de n.º 12.010/2.009, que alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis, proclamou a existência da *família extensa*, conceituando-a como aquela que se reconhece existente e identificada, pelas suas relações, com as características de vínculo de afinidade e afetividade.

Tal modificação, introduzida no Estatuto, então editado pela Lei n.º 8.069/1.990, traz o parágrafo único a seu artigo 25 com a seguinte redação: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade

¹²⁹FERRANDO, Gilda. Famílias recompostas e novos pais. In: **Problemas da Família no Direito**. Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Antônio Carlos Mathias Coltro e Marília Campos Oliveira e Telles (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 159-160.

¹³⁰Ibidem. p. 161.

¹³¹Ibidem. p. 161.

do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

No entanto, a ideia da pluriparentalidade não pode ser desconsiderada, uma vez que se está diante de novos arranjos familiares, típicos da sociedade contemporânea.

O Código Civil brasileiro de 2002, de forma pioneira, introduziu em seu artigo 1.593¹³² um novo conceito de relação parental, ao dispor que o parentesco podia ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou “outra origem”. Com o uso dessa expressão “outra origem”, tal diploma passou a admitir situações juridicamente indeterminadas, que não se resumem, apenas, ao instituto da adoção.

Após o Código Civil brasileiro incutir na ordem jurídica essa ideia de parentalidade acrescida, resultado da dinâmica do comportamento humano, sobreveio a Lei n.º 11.924, de 17 de abril de 2009¹³³. Tal diploma legal trouxe relevante contribuição à ideia de multiparentalidade ao permitir que o enteado averbe, em seu registro civil de nascimento, o patronímico do padrasto, adicionando-o ao seu.

Jones Figueirêdo Alves em recente artigo intitulado “A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental” afirma que:

Não há como negar, portanto, que a realidade dos fatos sociais tem sido mais bem tutelada pelo direito de família, quando em sede de doutrina e de julgados mais recentes tornou-se decisivo reconhecê-la com a sua devida juridicidade, em seus aspectos mais relevantes e significativos. Dentre eles, situa-se observar a existência dos chamados multivínculos familiares, com as suas inevitáveis e importantes conseqüências jurídicas¹³⁴.

A ideia de exclusividade dos pais sobre os filhos, que vigorou na sociedade brasileira muitos anos, reforça a ideia de posse dos pais sobre os filhos. Como resultado dessa postura, com o término dos relacionamentos dos pais, os filhos acabam sendo objeto de disputa de guarda e visitação, afastando-se sua qualidade de sujeito de direito.

¹³²CC - Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

¹³³O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Esta Lei modifica a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrastra, em todo o território nacional. Art. 2º O art 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:

“Art.57.

§8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2o e 7o deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrastra, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 17 de abril de 2009. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.

¹³⁴ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: **10 anos de vigência do Código Civil de 2002 – Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. Christiano Cassettari (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 550.

Conforme já mencionado, ainda nos dias de hoje há a forte cultura da guarda materna em detrimento da paterna; isso porque historicamente a ideia de cuidado é imediatamente remetida ao “universo feminino”, porque a mulher mãe é quem ficava em casa, não saía para trabalhar e consequentemente cuidava da prole. Desde a infância, a educação escolar e familiar incentiva e cobra a postura cuidadora das meninas. A questão de gênero, fortemente presente, faz com que meninas brinquem de boneca e casinha. Já aos meninos desde sempre foram reservados o espaço público, as brincadeiras que exigem maior esforço físico e envolvem bens materiais de alto valor, tais como carros, motos, bancos, etc..

Essa naturalização dos papéis do homem e da mulher não poderia deixar de repercutir no exercício das funções parentais. Incentivadas a brincar de serem mães de suas bonecas, vestindo-as, alimentando-as e cuidando dos bebezinhos, as meninas sempre foram preparadas, ainda que inconscientemente, para seu papel de mãe, o que não acontece com os meninos.

Nesse sentido, Jorge Lyra afirma que

A associação entre gênero e cuidado encontra-se indissociada. Desde que o cuidado foi vinculado à maternidade, seu exercício foi naturalizado como “instinto feminino”, “materno”. Quando nasce um bebê, a cultura transmite ao pai a ideia de que um homem não é capaz de exercer de modo competente as tarefas de cuidado que um bebê requer. E ainda que algum deles consiga romper com o padrão dominante, o senso comum sustenta que as mulheres são dotadas de “instinto materno”.¹³⁵

Perceber a hierarquização dos papéis masculinos e femininos como uma construção social, cultural e histórica, possibilita entender as desigualdades sociais no exercício do cuidado. Essa abordagem da questão de gênero tem como objeto compreender que a noção de cuidado está historicamente associada ao feminino, a ponto de constituir-se no centro da essência feminina, sendo o homem ainda hoje, na maioria das vezes, excluído das ações de cuidados por terceiros ou por ele mesmo.

Nesse contexto, em que o centro de cuidado está focado na mulher e na mãe, pode-se considerar que o “vampirismo emocional materno” é uma forma de reação e ao mesmo tempo de incorporação de família estruturada em torno das relações de gênero. Não se deve olvidar que as legislações mais recentes que reconhecem direitos iguais aos homens e às mulheres, trazem, na verdade, “concessões” que visam a proteger o ser frágil ou a reequilibrar e reviver a importância da família.

¹³⁵LYRA, Jorge; RIDENTI, Sandra. Mãe presente, Pai ausente? Reflexões preliminares sobre as funções parentais nos anos noventa. In: **XX Reunião Anual da ANPOCS**. Caxambu, Minas Gerais, outubro 1996.

Diante de toda essa análise envolvendo a temática de gênero ao longo dos tempos, evidencia-se a importância de que todos os profissionais que lidem ou venham a lidar com a questão da alienação parental compreendam que, para as mulheres ditas alienadoras, às quais se atribuíram como missão de vida espaço privado e cuidado da prole, as práticas negativas de acesso à criança e aos filhos ao outro genitor, não resultam de um processo mórbido, de violência premeditada mas se referem à busca pelo espaço que por tempos e tempos sempre foi só seu.

2.6 Necessidade de celeridade e eficiência na intervenção no processo de alienação

A síndrome da alienação parental, conforme já mencionado neste estudo, é o resultado de um processo capaz de produzir consequências nefastas, tanto em relação ao genitor alienado como ao próprio genitor alienador, mas sem dúvida alguma seus reflexos mais sérios recaem sobre os filhos, vítimas dessa situação.

Caso não haja intervenção técnica e adequada nesse processo, instalada a síndrome, ela pode produzir sequelas capazes de perdurar por toda a vida dos envolvidos, pois implica comportamentos negativos e reiterados contra a criança e/ou adolescente, instaura sérios vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai, mãe e filhos, criando imagens absolutamente distorcidas das figuras paterna e materna, gerando um olhar duro, árido e desacreditado em relação a toda e qualquer relação amorosa, acabando por transformar essa criança e/ou adolescente em um adulto que efetivamente não sabe e não quer amar, incompreensivelmente agressivo e violento perante qualquer relação amorosa.

Quando se consegue intervir no processo de alienação por meio de um processo judicial, faz-se necessária atuação técnica e rápida, vez que os efeitos das práticas alienadoras são absolutamente gravesos.

Lowenstein afirma que “os profissionais conhecedores da síndrome, de suas origens e de seus efeitos devem intervir o mais rapidamente possível para que os danos causados por ela não sejam irreversíveis”¹³⁶.

¹³⁶LOWENSTEIN, L.F. *Parental alienation syndrome, a two step approach toward a solution*. (Síndrome da alienação parental – abordagem em duas etapas para sua solução. – tradução livre). *Contemporary Family Therapy*, v. 20, n.º 4, p. 505-520, dez. 1998.

As medidas corretivas são urgentes, pois o acirramento progressivo do litígio claramente beneficia o alienador na medida em que sua solução acaba por sofrer atrasos que contemplam o alienador com mais tempo, em contato exclusivo com os filhos para inculcar neles a síndrome da alienação parental, que deve sofrer interferência imediata.

Os estudiosos da síndrome da alienação parental são bastante incisivos nesse ponto. Major afirma:

[...] com efeito, não se pode reconstruir o vínculo entre a criança e o genitor ‘alienado’ se houver um hiato de alguns anos. O genitor ‘alienado’ torna-se um forasteiro para a criança. O modelo principal para ela será o do genitor patológico, e possuidor de disfunções. Muitas dessas crianças desenvolvem sérios transtornos psiquiátricos¹³⁷.

2.7 Efeitos e consequências

No processo de alienação a criança ou adolescente é levado a odiar o outro genitor, acaba perdendo o vínculo forte com essa pessoa tão importante em sua vida, situação que resulta em consequências graves para si e também para o genitor alienado.

Não há dúvida de que esse genitor acaba por se tornar uma pessoa estranha na existência dos filhos, podendo desenvolver diversos sintomas e transtornos psiquiátricos. Conforme salientado em momento anterior, se não houver interferência tempestiva e tratamento adequado, as pessoas envolvidas sofrerão sequelas capazes de perdurar por todo o restante de sua vida, implicando comportamento abusivo para com os filhos.

Jorge Trindade afirma que essa síndrome pode ser identificada como forma de abuso ou negligência e até maltrato e abuso infantil. Vejamos:

A Síndrome da Alienação Parental tem sido identificada como forma de negligência contra os filhos. Para nós, entretanto, longe de pretender provocar dissensões tecnológicas de pouca utilidade, a Síndrome da Alienação Parental constitui forma de maltrato e abuso infantil. Aliás, um abuso que se reveste de características pouco convencionais do ponto de vista de como o senso comum está acostumado a identificá-lo, e, por isso mesmo, muito grave, porque mais difícil de ser constatado¹³⁸.

¹³⁷MAJOR, J.A. *Parents who have successfully fought parental alienation syndrome*. Disponível em: <www.ouderverstoting.nl/artikelen/jayne-major-pas-full-article-2003.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2013.

¹³⁸TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

Não é novidade que a sociedade ainda hoje valorize as enfermidades que sangram, aquelas que podem ser vistas a olho nu, em detrimento das patologias psicológicas e existenciais mais intrínsecas do ser humano, tão graves quanto as já mencionadas. É justamente nessa seara patológica mais intrínseca que se verificam os efeitos e as consequências da síndrome da alienação parental.

Os filhos passam a desenvolver conflitos comportamentais, os quais se externam por meio da ansiedade, do medo, da insegurança, do isolamento, da depressão, do comportamento hostil, da falta de auto-organização, mau rendimento escolar, por vezes dupla personalidade, irritabilidade, dificuldades de convivência e relacionamentos em grupo, sentimento de desespero, dificuldade para fazer e manter amigos, inclinação para as drogas lícitas e ilícitas, incompetência para firmar e manter relacionamentos amorosos e, em casos extremos, tendências suicidas¹³⁹.

Não sendo identificada a síndrome a tempo e não havendo a adequada interferência técnica, é possível que ela traga sequelas que talvez perdurem por toda a vida dos filhos, em especial na vida adulta. A prática da alienação parental pode implicar comportamentos abusivos contra a criança, instaurar vínculos patológicos, promover vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, distorcer as figuras materna e paterna, gerando inclusive um olhar destruidor sobre as relações amorosas em geral.

Genitores que induzem a essa síndrome deixam os filhos com terceiros, tais como vizinhos, amigos, babás, mas não deixam com o outro genitor, usando desculpas pífias relacionadas ao regramento falido de visitação ou qualquer outro motivo relacionado à suposta incapacidade do outro genitor para cuidar dos filhos e mantê-los em segurança.

Nesse processo os filhos estão absolutamente vulneráveis e o genitor afastado também. Nesse cenário evidente está a prática de dano ou abuso psicológico e emocional, deflagrando efetiva violação aos direitos mais íntimos e vitais dos filhos, quais sejam, os direitos da personalidade abarcados pelo direito geral de personalidade, partindo do pressuposto de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria monista nesta temática.

O Dr. Douglas Darnall explica em seu artigo que

[...] as crianças, ao contrário do genitor afastado, estão totalmente indefesas para ajudar a si mesmas. Só lhes resta esperar que os adultos resolvam o

¹³⁹TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

problema para libertá-las desse pesadelo. Se a intervenção não acontece, a criança fica abandonada e crescerá com pensamentos disfuncionais¹⁴⁰.

Os filhos, além de perderem contato com um de seus genitores, pessoa essencial ao saudável desenvolvimento biológico e psicológico do menor, terão seus pensamentos, sua vivência emocional marcada por determinados comportamentos patológicos que apenas podem ser interrompidos caso alguém, em regra o genitor não alienador, faça algo contra isso.

Caso nada seja feito para interromper esse processo de alienação, as violações e abusos psicológicos e emocionais sofridos pelos filhos serão levados adiante em toda a sua existência, transmitindo inclusive para as próximas gerações, ou seja, para seus filhos, para os filhos de seus filhos e daí por diante.

Quando na fase adulta, os filhos podem vir a se sentir culpados em relação à injustiça praticada para com o genitor alienador caso consigam compreender o que efetivamente viveram, podem vir a romper drasticamente os laços com o genitor alienante, mas podem também repetir o mesmo tratamento recebido do genitor alienante, vez que este foi o único modelo e papel de pai e mãe que conheceu.

Conforme já mencionado a alienação parental produz também consequências nefastas para o genitor alienado e para o próprio alienador, mas as consequências mais graves realmente recaem sobre os filhos, em especial, na infância e adolescência, período no qual se dá a formação da personalidade e do caráter.

Cumprе enfatizar que o presente estudo não tem a intenção de demonizar o genitor alienante, pois a nosso ver, ele pode não ter efetiva consciência das consequências de seus atos alienadores e os pratica acreditando efetivamente estar protegendo a prole. Mesmo porque, há casos em que o genitor alienante está doente, fora do seu estado psicológico normal, sendo absolutamente urgente interferência técnica para que possa voltar a viver feliz e saudável.

¹⁴⁰DARNALL, Dr. Douglas. **Consequências da Síndrome da Alienação Parental sobre as crianças e sobre o genitor alienado**. Disponível em: <<http://www.chen/pas/bw199809.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

2.8 Importância da identificação da alienação parental e da síndrome da alienação parental

O primeiro passo essencial é identificar a alienação parental, para o que se requer informação. Em seguida, é importante compreender que esse comportamento retrata uma condição psicológica que exige tratamento especializado e intervenção técnica imediata.

Conforme mencionado, é vital que a alienação seja detectada o quanto antes, pois quanto mais cedo se constata o processo alienador, mais eficaz se mostra a intervenção judicial e psicológica, diminuindo com isso os prejuízos nefastos causados às partes envolvidas, em especial, aos filhos e evitando a instalação da síndrome de alienação parental.

A alienação parental afetará a cada uma das pessoas envolvidas de um modo específico e, por essa razão, a técnica recomenda que a avaliação e atendimento da criança, do alienador e do alienado, sejam feitos de forma individual.

Jorge Trindade afirma que

O filho podem assumir uma postura de se submeter ao que o alienador determina, pois teme em desobedecê-lo ou desagradá-lo, poderá sofrer castigos e ameaças. A criança criará uma situação de dependência e submissão às provas de lealdade, ficando com medo de ser abandonada do amor dos pais. Ocorre um constrangimento para que seja escolhido um dos genitores, trazendo dificuldades de convivência com a realidade, entrando em um mundo de duplas mensagens e vínculos com verdades censuradas, favorecendo um prejuízo na formação na formação de seu caráter¹⁴¹.

No sentido de conceituar tais conflitos Podevyn afirma que

[...] para identificar uma criança alienada, é mostrado como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e as más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “folie a deux”. Forma-se a dupla contra o alienador, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio¹⁴².

Podevyn ainda explica que existem 3 (três) estágios de enfermidade do filho. No estágio leve, normalmente as visitas ainda se apresentam calmas, com algumas dificuldades

¹⁴¹TRINDADE JORGE. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.160.

¹⁴²PODEVYN, François (04/04/2001). Tradução para Português: Apase – Associação de Pais e Mães Separados (08/08/2001). In: **Associação Pais para Sempre**. Disponível em: <<http://www.paisparasemprebrasil.org>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

na troca do genitor, e enquanto o filho está com o genitor alienado, as manifestações para a desmoralização são mais discretas ou então desaparecem.

Jorge Trindade ainda com base nos estudos de Podevyn esclarece que

No estágio leve as características mais comuns que ilustram a Síndrome da Alienação Parental, tais como a constatação de campanhas de desmoralização do alienador contra o alienado, são pequenas, assim como são pouco intensas a ausência de sentimento de ambivalência e culpa¹⁴³.

Para o segundo estágio, o médio, o Professor Jorge Trindade explica que

O genitor alienador utiliza uma variedade de táticas para a exclusão do outro genitor. No momento em que as crianças trocam de genitor, o alienador faz questão de escutar e acaba intensificando cada vez mais a campanha para desmoralizar. Alguns argumentos usados são absurdos, pois o alienador é completamente mau e o outro completamente bom. Num estágio médio dessa síndrome, além da intensificação das características próprias do estágio inicial, surgem problemas com as visitas, o comportamento das crianças passa a ser inadequado ou hostil, aparecem situações fingidas e motivações fúteis¹⁴⁴.

No terceiro estágio, o grave, o mesmo autor cita que

Os filhos estão muito perturbados, e acabam ficando paranóicos, compartilhando as mesmas situações inexistentes que o genitor alienador tem em relação ao outro. Acabam ficando em pânico somente com a idéia de ter que ver o outro alienado, tendentes a explosões de violências. Ocorrem fortes campanhas de desmoralização do alienado. O vínculo fica seriamente prejudicado. Desaparecerem a ambivalência e a culpa, pois sentimentos francamente odiosos se estabelecem contra o alienado, os quais são estendidos a sua família e àqueles que o rodeiam¹⁴⁵.

Tendo em vista todas as informações acima, fica evidente a importância da identificação da síndrome da alienação parental se dar com a maior antecedência possível, visto que o quanto antes ocorrer a intervenção psicológica e jurídica, menores serão os problemas e as consequênciasconsequências e, evitando, em determinados casos a instalação da síndrome de alienação parental.

¹⁴³TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.161.

¹⁴⁴Ibidem, p.161.

¹⁴⁵Ibidem, p.161.

2.9 A implantação de falsas memórias

A prática denominada de “implantação de falsas memórias” é tida por alguns doutrinadores como efeito da alienação parental, advém da conduta nociva do genitor alienador em regra, que começa a fazer no menor uma “lavagem cerebral”, com o intuito de denegrir a imagem do outro genitor, dito alienado.

Nessa prática o alienador chega ao extremo de acrescentar de forma maldosa e previamente pensada fatos que não aconteceram ou que se efetivamente ocorreram, deram-se em contexto diverso do apresentado ao menor. Nesse processo, o infante começa a acreditar na história e a se convencer da veracidade do que lhe foi contado pelo alienador, havendo verdadeira “implantação de falsa memória”.

Com tal prática o genitor alienador apresenta ao menor uma realidade inexistente, havendo verdadeira forma de abuso grave, o qual certamente prejudicará o relacionamento do menor com o genitor alienado, mais especificamente, o desenvolvimento da criança ou adolescente, criando o que os técnicos denominam de “confusão psíquica irreversível”.

Maria Berenice Dias narra bem a situação na qual as crianças são submetidas a uma falsa verdade, sendo emocionalmente manipuladas e abusadas e, por causa disso, a chance de serem futuros pacientes de um psiquiatra, de um analista é bastante grande. Vale lembrar que crianças são seres humanos em formação, vulneráveis e absolutamente suscetíveis a intervenções e manifestações externas. Vejamos:

Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre a verdade e a mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se assim falsas memórias¹⁴⁶.

Além das consequências drásticas trazidas pela falsa denúncia, há ainda o problema de não saber o que de fato ocorreu e, principalmente, a exposição dos filhos a exames, entrevistas sociais e audiências, quando tudo isso poderia ser evitado.

Jorge Trindade ressalta as consequências da implantação de falsas memórias. Para ele “[...] tudo isso traz dificuldade para a criança conviver com a verdade, pois sendo

¹⁴⁶DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? In: **APASE**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 21 maio 2012.

constantemente levada a um jogo de manipulações, acaba por aprender a conviver com a mentira e a expressar falsas emoções”¹⁴⁷.

Na implantação de falsas memórias, o alienador, além de fazer verdadeira campanha contra o outro genitor, inverte o diálogo trazido pelo menor, ou seja, utiliza-se de todas as falas do menor para colocá-lo contra o genitor alienado. Por exemplo: a criança comenta com o genitor guardião que o outro genitor, com quem esteve durante o dia, não a deixou assistir a determinado programa de televisão. O esperado seria que o guardião tentasse explicar ao menor que provavelmente aquele programa era impróprio para sua idade, que já teria passado muito tempo na frente da televisão, ou seja, recorreria a qualquer argumento que tentasse justificar a conduta do outro genitor, mas não, o genitor alienador salienta que o outro genitor de fato “não faz as vontades do filho”, que “não entende o que o filho quer”, que não é “um bom pai ou mãe”. Isso repetidas vezes, naturalmente faz com que o filho acredite de verdade que aquele genitor não é bom e que não entende suas vontades, havendo, portanto, desqualificação deste como pai ou como mãe.

Nesse sentido a alienação parental pode ser ainda pior e trazer consequências mais graves para os filhos, pois pode não se limitar ao afastamento do filho em relação a um dos genitores, mas implantar no menor falsas memórias em relação a este, chegando às raias do absurdo quando há falsa denúncia de abuso sexual.

2.10 As falsas denúncias de abuso sexual

A alienação parental poderia, em regra, limitar-se às práticas de um dos genitores para afastar o(s) filho(s) do outro genitor, quase sempre do não guardião. Contudo, há situações em que o genitor apresenta psicologicamente um quadro clínico patológico; situações nas quais os efeitos e as consequências da alienação parental são ainda mais drásticos e avassaladores.

Ante a análise da possibilidade de reverter os efeitos da alienação parental, os autores tendem a defender que se trata de comportamento é plenamente reversível, por meio de terapia e de medidas judiciais que visem a coibir os atos do alienante e a restabelecer o

¹⁴⁷TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.162.

contato e o convívio do alienado com o filho. Mas isso se dá apenas enquanto a síndrome da alienação parental ainda não estiver instalada, caso contrário, a viabilidade de reversão se torna mínima, atingindo apenas 5% nos estudos de Darnall¹⁴⁸. Fonseca ressalta que, apesar de o distanciamento entre o filho e o alienado tender a se perpetuar indefinidamente, ainda poderá ser atenuado ou mesmo superado, caso a criança ou adolescente obtenha alguma independência do alienante, que lhe permita vislumbrar a manipulação de que foi vítima e a realidade dos fatos¹⁴⁹. Ainda com fundamento nas conclusões de Darnall (1999)¹⁵⁰, Fonseca afirma que a idade do filho influencia os efeitos da alienação perpetrada por um dos genitores, já que quanto maior for a criança, mais independente ela se torna e mais capaz de manifestar sua própria vontade¹⁵¹.

Brockhausen e Perissini¹⁵² afirmam que a síndrome da alienação parental afeta definitivamente a vida afetiva da criança ou do jovem, que passa a ter dificuldades em estabelecer vínculos consistentes, diante da intolerância à frustração que desenvolve por conta da síndrome¹⁵³.

Para Lira¹⁵⁴ e Lagrasta¹⁵⁵, a criança utilizada como instrumento do alienante para atingir o alienado, convive com uma instabilidade psicológica, em razão da dificuldade de discernir a realidade das coisas e suportar a ambivalência de afetos nutridos pelo alienado. Diversos autores, entre eles Perissini, Lagrasta e Lopes¹⁵⁶, indicam, inclusive, que os infantes e jovens podem desenvolver outros distúrbios psiquiátricos, emocionais e até

¹⁴⁸Darnall D. Parental Alienation Conference; 1999. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/info/pas/darnall.htm>>. In: FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013. p.164.

¹⁴⁹FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013. p.163.

¹⁵⁰DARNALL, Douglas. **Parental alienation: not in the best interest of the children**. LD Law Ver 1999; 75:323-64.

¹⁵¹FONSECA, op. cit.p.16.

¹⁵²Tamara Dias Brockhausen é psicanalista e mediadora forense e Denise Maria Perissini é psicóloga.

¹⁵³SAVAGLIA, Fernando. Amor exilado. In: **Revista Ciência & Vida - Psique**. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/edicoes/43/artigo147870-1.asp>>. Acesso em: 01 out. 2013. p.02.

¹⁵⁴LIRA, Claudia. In: **STJ – Superior Tribunal de Justiça**. Especial STJ destaca os problemas da Alienação Parental. Coordenadoria de Rádio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104308&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=filhos>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁵⁵LAGRASTA NETO, Caetano. LAVAGEM CEREBRAL - O que é a Síndrome da Alienação Parental. In: **Revista Consultor Jurídico de 17.09.2011**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁵⁶LOPES, Carlos Dias. Alienação Parental. In: **Correio Braziliense**. 2010. Disponível em: <<http://www.participais.com.br/Carlos%20Dias%20Lopes%201.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

psicossomáticos, levando ao comportamento antissocial, violento, à depressão, ao uso de entorpecentes e ao suicídio.

Nos casos mais drásticos da alienação parental, nos quais o alienante faz denúncias falsas de abuso sexual, a constante repetição da mesma história, incutida artificialmente na mente da criança, gera falsas memórias, fazendo-a acreditar que realmente vivenciou a situação de abuso, de acordo com a experiência de Calçada¹⁵⁷.

Para aferir a amplitude do impacto da alienação nos filhos, é necessário destacar a situação peculiar de vulnerabilidade que envolve a criança e o jovem na condição de pessoas em desenvolvimento que se encontram¹⁵⁸. As consequências deletérias da alienação e, especialmente, da síndrome da alienação parental, afetam o crescimento e o desenvolvimento saudável, assim como comprometem o relacionamento do infante ou jovem com o genitor alienado em caráter definitivo, segundo afirma Fonseca, embasada nas constatações de Darnall e Gardner.

A autora ainda se queixa de que os genitores desrespeitam a criança, enquanto titular de direitos ao afeto dos familiares, à assistência moral e material e à educação, bem como da tutela constitucional que concede absoluta prioridade na fruição do direito à convivência familiar e comunitária, deixando de cumprir o dever imposto constitucionalmente a todos, sociedade, Estado e família, de poupar a criança de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigos 4º e 5º do ECA)¹⁵⁹. Para Wagner¹⁶⁰, citado por Sousa, é fundamental que os pais se empenhem para preservar as

¹⁵⁷CALÇADA, Andreia. In: SAVAGLIA, Fernando. Amor exilado. **Revista Ciência & Vida - Psique**. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/edicoes/43/artigo147870-1.asp>>. Acesso em: 01 out. 2013, p.03.

¹⁵⁸ECA - Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁵⁹ECA - 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

¹⁶⁰WAGNER, A. (Coord.). **Família em cena: tramas, dramas e transformações**. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

relações parentais e conferir apoio emocional aos filhos, a fim de reduzir os impactos negativos da separação e propiciar a aceitação do novo arranjo familiar¹⁶¹.

No caminho tomado pelo(a) genitor(a) que pratica alienação parental, o simples afastamento entre prole e genitor não é suficiente para satisfazer seus anseios ou ainda para lhe trazer segurança. Nesse sentido, o genitor alienador vai além. Assim, por razões patológicas, o genitor alienador pode chegar a incutir, no menor, lembranças de agressões físicas ou abuso sexual, sem que tais práticas tenham efetivamente ocorrido.

Mônica Guazzelli afirma que

[...] 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 sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande¹⁶².

Ocorre que tal denúncia, ao chegar ao conhecimento do poder judiciário, sem maior produção probatória, deixa o magistrado em situação de alarde em razão do princípio da proteção integral da criança. De fato a acusação de abuso sexual é muito grave, não tendo, em regra, o juiz de imediato outro caminho que não determinar por ora a suspensão das visitas do genitor não guardião em relação ao menor ou ainda determinar a realização de visitas monitoradas no CEVAT – Centro de Visitas Assistidas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nesse momento o genitor que pratica a alienação vê-se em situação de efetiva vantagem, vez que seus atos levaram ao distanciamento entre o filho e o outro genitor. E mais. Para reversão da decisão judicial acautelatória proferida, faz-se necessária a atuação de equipe multidisciplinar que auxilia o juízo, tal como o serviço social judiciário, psicólogos e psiquiatras, que possam entrevistar aquela família (pai, mãe, filhos), que tenham condições de buscar a verdade dos fatos.

Ocorre que até chegar à conclusão de que a denúncia de abuso sexual é falsa, contando inclusive com a morosidade do Poder Judiciário, o relacionamento havido entre filho e o genitor vitimado por demais se fragilizou, por vezes não se acreditando em restabelecimento de vínculos ou reconstrução e fortalecimento de laços.

¹⁶¹SOUZA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 22-23.

¹⁶²GUZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.121.

Especificamente para os casos de denúncia falsa de abuso sexual, acredita-se ser necessária a implantação de sistemática diferenciada em relação aos auxiliares do juízo; sistemática essa que permita análise psicossocial de emergência ao menor e aos pais; tudo isso com a intenção de minorar, se for possível, as consequências dessa terrível violência praticada pelo genitor alienador.

Vejamos alguns conceitos de abuso sexual:

O que caracteriza o abuso sexual é a falta de consentimento do menor na relação com o adulto. A vítima é forçada, fisicamente, ou coagida, verbalmente, a participar da relação, sem ter necessariamente capacidade emocional ou cognitiva para consentir e ou julgar o que está acontecendo¹⁶³.

Ou ainda “A criança não tem capacidade de consentir na relação abusiva, porque o elemento etário desempenha papel importante na capacidade de compreensão e de discernimento dos atos humanos”¹⁶⁴. Ou ainda:

O abuso sexual é uma forma de violência física e ou psíquica, na qual o abusador, sem consentimento válido, aproveitando-se da sua superioridade sobre a criança e da confiança que ela lhe deposita, busca a sua satisfação sexual, causando nela danos psíquicos [...] e ou danos físicos¹⁶⁵.

Vale mencionar que, segundo o Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a violência sexual, o abuso sexual, está inserido na parte (título) de crimes contra os costumes e não contra a pessoa, fato questionável, uma vez que essa categoria de crimes estaria ainda muito relacionada a preceitos morais ultrapassados e que não mais fazem sentido.

Ademais, os conceitos do diploma legal mencionado vão ao encontro da definição de abuso sexual de cunho psicológico, ou seja, é a intenção ou prática sexual abusiva, em regra sem o consentimento da outra parte, que é coagida física ou psicologicamente a praticar ou a participar de atos inerentes à relação sexual, sem que tenha necessariamente, capacidade emocional ou cognitiva para consentir ou compreender o que está ocorrendo. Trata-se de relação que envolve duas pessoas (abusador e abusado), na qual há satisfação para apenas um deles – o abusador –, que satisfaz seus desejos sexuais, sendo que o menor não possui capacidade de discernimento quanto ao ocorrido.

O abuso sexual contra a criança ou adolescente ocorre em todas as classes sociais e etnias e gera comoção em todos os profissionais envolvidos.

¹⁶³FROSH, Stephen; GAUDERER, Danya. **Abuso sexual de niños**. Buenos Aires: Paidós, 1998, p.159.

¹⁶⁴TRINDADE, Jorge. **Delinquência juvenil: uma abordagem transdisciplinar**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1996, p. 43.

¹⁶⁵FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança – Uma Abordagem multidisciplinar: manejo, terapia e intervenção legal integrados**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p.23.

Ocorre que na alienação parental a falsa denúncia de abuso sexual gera ainda grave abuso psicológico, o qual trará consequências nefastas para o desenvolvimento do filho enquanto criança ou adolescente, que provavelmente desenvolverá repulsa ainda mais forte contra o genitor denunciado pelo falso abuso sexual, gerando a já mencionada confusão psíquica irreversível.

Os genitores que praticam a alienação parental por meio de falsa denúncia de abuso sexual acabam por convencer a si mesmos de que sua postura está correta, que efetivamente o filho foi vítima de um abuso sexual inexistente, angariando no início até mesmo o apoio dos profissionais envolvidos.

José Manoel Aguilar da Asociación¹⁶⁶ de Padres Alejados de sus Hijos construiu uma tabela, que será colacionada abaixo, visando especificar algumas diferenças que podem colaborar para o diagnóstico de falso abuso ou não. Vejamos:

ABUSO SEXUAL	SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL
O filho se lembra do que ocorreu sem nenhuma ajuda externa.	O filho programado não viveu o que seu genitor denuncia, precisa se recordar disso.
As informações que transmite têm credibilidade, com maior quantidade e qualidade de detalhes.	As informações que transmite têm menor credibilidade, carecem de detalhes e inclusive são contraditórias entre os irmãos.
Os conhecimentos sexuais são impróprios para sua idade: ereção, ejaculação, excitação, sabor do sêmen, etc.	Não tem conhecimentos sexuais de caráter físico: sabor, dureza, textura, etc.
Costumam aparecer indicadores sexuais: condutas voltadas ao sexo, conduta sedutora com adultos, jogos sexuais precoces e impróprios com semelhantes (sexo oral), agressões sexuais a outros menores de idade inferior, masturbação excessiva, etc.	Não aparecem indicadores sexuais.

¹⁶⁶AGUILAR, José Manuel. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 21 maio 2012.

ABUSO SEXUAL	SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL
Costumam existir indicadores físicos do abuso (infecções, lesões).	Não existem indicadores físicos.
Costumam aparecer transtornos funcionais: sono alterado, enuresis, encopresis, transtornos de alimentação.	Não costuma apresentar transtornos funcionais que o acompanhem.
Costumam apresentar atrasos educativos: dificuldade de concentração, de atenção, falta de motivação, fracasso escolar.	Não costuma apresentar atraso educativo em consequência da denúncia.
Costumam apresentar alterações no padrão de interação: mudanças bruscas de conduta, isolamento social, consumo de álcool ou drogas, agressividade física e/ou verbal injustificada, roubos, etc.	O padrão de conduta do sujeito não se altera em seu meio social.
Costumam apresentar desordens emocionais: sentimentos de culpa, estigmatização, sintomas depressivos, baixa autoestima, choro sem motivo, tentativas de suicídio.	Não aparecem sentimentos de culpa ou estigmatização ou condutas de autodestruição.
Sentem culpa ou vergonha do que declaram.	Os sentimentos de culpa ou vergonha são escassos ou inexistentes.
As denúncias de abuso são anteriores à separação.	As denúncias de abuso são posteriores à separação.
O genitor percebe a dor e a destruição de vínculos que a denúncia provocará na relação familiar	O genitor não leva em conta a destruição dos vínculos familiares nem parece se importar com ela.
Seria esperado que um genitor que abusa de seus filhos pudesse apresentar outros transtornos em diferentes esferas de sua vida.	Um genitor alienado aparenta estar são nas diferentes áreas de sua vida.

ABUSO SEXUAL	SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL
Um genitor que acusa o outro de abuso a seus filhos costuma acusá-lo também de abusos a si mesmo.	Um genitor programado só denuncia o dano causado a seus filhos.

Deve-se atentar, em regra, para outras características que aparecem nas falsas denúncias de abuso sexual, tais como: crianças em tenra idade, crianças que não atingiram a fase escolar e separação ou iminência da separação do casal de genitores.

Na Argentina, a epidemia de falsas denúncias leva o nome de *backlash*.

A médica especialista em psiquiatria infantil e medicina legal, defensora dessa tese, Virginia Berlinerblau, afirma que ao lado do grande problema da existência de verdadeiro e efetivo abuso sexual intrafamiliar praticado contra crianças e adolescentes, há um problema tão grave quanto esse, que é justamente a existência de falsas denúncias sobre o assunto. Vejamos:

El backlash en Abuso Sexual Infantil comenzó en la década de los '80 en países del primer mundo tales como Canadá, Estados Unidos y Gran Bretaña. En la Argentina, el backlash tuvo en el 2000 un fuerte impulso con el artículo del ex juez Eduardo Cárdenas publicado en el diario jurídico La Ley (3). Cárdenas, abogado con gran influencia en Tribunales, habló de la existencia de una "verdadera 'industria' de denuncias de abuso sexual, promovidas con el fin de aislar al hijo del otro progenitor". Sin embargo su escrito parece ser una "pantalla" para atacar a determinados profesionales que le molestan, tras una supuesta defensa de la unidad familiar. Despliega una furibunda diatriba, atacando la credibilidad de quienes trabajan en instituciones públicas, además con información falsa¹⁶⁷.

Na verdade, essa epidemia denominada *backlash* acaba por desviar a atenção do problema central e efetivo, que é o abuso sexual de menores, para a questão das falsas denúncias, que por sua vez acabam por deixar o verdadeiro abuso desacreditado.

Virginia Berlinerblau afirma que o *backlash* na área das denúncias de abuso sexual teria como consequência:

[...] invalidar las denuncias; convertir en sospechoso a todo denunciante de maltrato; diluir los límites que separan a víctimas de victimarios; confundir la cuestión incorporando los por mujeres. Em síntesis, se intenta invertir el sentido de la conducta abusiva al atribuírsela a quien denuncia o protege, buscando reforzar la violencia vigente y condenar a

¹⁶⁷BERLINERBLAU, Virginia. **Backlash y Abuso Sexual Infantil**. Disponível em: <<http://www.caminos.org.uy/backlash.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

*perpetuidad a todo niño que sufre, a la vez que pretende llevar a la impotencia a los profesionales que hasta ahora llevan em bastante soledad la pesada carga de sostener la protección de las víctimas, con escaso o inadecuado apoyo institucional [...]*¹⁶⁸.

Mônica Guazzelli acrescenta ainda que “a referência ao fenômeno *backlash* faz-se importante para que não se desvirtue o foco do problema maior - a presença de abuso sexual infantil intrafamiliar -, deslocando-o para as falsas denúncias, ou fazendo com que sempre as denúncias sejam tidas por falsas”¹⁶⁹.

Nesse sentido, verifica-se que o lar e a família, tidos como centro de abrigo, de amor, afeto e carinho, podem, por vezes, tornar-se local de violência e violação de direitos, no caso da prática de abuso sexual infantil ou mesmo no caso de prática de falsas denúncias de abuso.

O fim do relacionamento dos casais, quando presentes sentimentos negativos, tais como o ciúme, a insatisfação, a vontade de vingança, os sentimentos de troca e de perda não superados, pode desencadear o que há de pior no ser humano, gerando situações de violência nas relações familiares entre pais e filhos pela prática da alienação parental.

Na tentativa de combater a alienação parental, os profissionais envolvidos, muito além da análise dos autos do processo judicial, precisam tentar entender não só o consciente das partes, alienador e alienado, mas também seu inconsciente.

Nesse sentido, a psicanalista Giselle Câmara Groneninga menciona que

A partir da descoberta de Sigmund Freud, de um inconsciente que é estruturado com uma lógica que lhe é própria, tivemos acesso a outro sujeito além do Sujeito de Direito – o Sujeito do Desejo. Buscamos a integração diferenciada desses dois sujeitos, ou melhor, desses dois aspectos de um mesmo sujeito, e não mais a disjunção. [...] Nessa investigação epistemológica, envolvendo Direito e Psicanálise, temos semelhanças e diferenças, encontros e desencontros a respeito da verdade, da natureza, do valor do conhecimento, incluindo os obstáculos para atingi-lo; a Psicanálise nos aponta esses obstáculos, os sintomas e atos falhos, como cunhou Freud, produtos de conflito entre afeto e pensamento, entre desejo e repressão, entre consciente e inconsciente. Em comum entre Direito e Psicanálise, temos a necessidade do entendimento do conflito. Para o direito uma pretensão resistida, o conflito faz um barulho que deve ser silenciado. Para a Psicanálise deve haver uma escuta do conflito, a busca de suas razões que se transforme em música¹⁷⁰.

¹⁶⁸BERLINERBLAU, Virginia. **Backlash y Abuso Sexual Infantil**. Disponível em: <<http://www.camino.org.uy/backlash.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

¹⁶⁹GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) **Incesto e Alienação Parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.

¹⁷⁰GROENINGA, Giselle Câmara. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 252-255.

2.11 Características do alienador e suas condutas clássicas

Inicialmente vale dizer que alienador é aquela pessoa que coloca em prática os atos de desmoralização e destruição do outro genitor e do relacionamento do outro genitor com os filhos.

Denise Maria Peressini da Silva observa que

[...] a alienação parental opera-se pela mãe ou pelo pai, ou no pior dos casos pelos dois pais e terceiros. Essas manobras não se baseiam sobre o sexo masculino ou feminino, mas sobre a estrutura da personalidade de um lado, e sobre a natureza da interação antes da separação do casal, do outro lado¹⁷¹.

Tarefa árdua é estabelecer um rol de características que identifique o perfil de um alienador, mas alguns comportamentos e traços de personalidade são bastante comuns, quais sejam: dependência, baixa autoestima, reiterado descumprimento de regras, litigância como meio de vida e como forma de manter aceso o conflito familiar, manipulação, sedução, típico comportamento de vítima e repleto de queixas, histórias de desamparo, falso interesse pelo tratamento e resistência ou recusa ao tratamento, entre outros.

O alienador, com atitudes intencionais ou não pretende desconstituir o vínculo existente entre o filho e o genitor alienado, terminando por provocar falsas memórias e associações negativas nos filhos com relação ao alienado. Essa conduta se dá por meio de discursos negativos e lamentações, transferindo a frustração do relacionamento rompido ao filho, ou chantagem emocional, na qual o filho é induzido e pressionado a ficar ao lado do alienante contra o alienado para agradar e mostrar-se fiel ao primeiro¹⁷².

Não há dúvida que a prática mais extremada de alienação parental se dá pela, denúncia de abuso sexual ou físico, inculcando falsas memórias no infante ou jovem que passa a acreditar que sofreu a violência pelo alienado. Contudo, o alienador pode praticar outros atos menos extremos, tais como a mudança de domicílio para se distanciar do alienado, dificultando a convivência e participação do genitor na vida do filho.

No que se refere às condutas clássicas do alienador, Jorge Trindade afirma que:

O alienador pode ser muito criativo, sendo difícil oferecer uma lista fechada dessas condutas. Entretanto algumas delas são bem conhecidas: apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe; interceptar cartas,

¹⁷¹SILVA, Denise Maria Peressini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental, O que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

¹⁷²FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª edição, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 24-25.

e-mails, telefones, recados e pacotes destinados aos filhos; desvalorizar e desqualificar o outro genitor perante terceiros e perante os filhos; recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas, etc.); falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor; impedir a visita; envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos; tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro; “esquecer” de transmitir avisos importantes a respeito dos compromissos dos filhos a fim de criar conflituosidade entre genitor e filhos (por exemplo: rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças, etc.); alterar o endereço sem avisar o outro genitor, chantagear emocionalmente os filhos; viajar e deixar os filhos com terceiros sem comunicar o outro genitor; fazer comentários desastrosos sobre presentes ou roupas compradas pelo outro genitor ou mesmo sobre o gênero de lazer por este oferecido ao filho; criticar a competência profissional e a situação financeira do ex-cônjuge; obrigar a criança a optar entre a mãe e o pai, ameaçando-a das consequências caso a escolha recaia sobre o outro genitor; transmitir seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela criança em estar com o outro genitor; controlar excessivamente os horários de visita; recordar à criança, com insistência, motivos ou fatos ocorridos pelos quais deverá ficar aborrecida com o outro genitor; transformar a criança em espiã da vida do ex-cônjuge; sugerir à criança que o outro genitor é pessoa perigosa; culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos; emitir falsas denúncias ou imputações de abuso físico, emocional e sexual, ou ainda que o outro genitor faz uso de drogas e álcool; dar em dobro ou em triplo o número de presentes que a criança recebe do outro genitor; quebrar, esconder ou cuidar mal dos presentes que a criança recebe do outro genitor; não autorizar que a criança leve para a casa do genitor alienado os brinquedos e roupas de que mais gosta; ignorar, em encontros casuais, quando junto com o filho, a presença do outro genitor, levando a criança a também desconhecer-lá; não permitir que a criança esteja com o genitor alienado em ocasiões outras que não aquelas prévia e expressamente estipuladas, ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro¹⁷³.

Evandro Luiz Silva afirma que “O alienador não respeita as regras e costuma não obedecer às sentenças judiciais. Presume que tudo lhe é permitido e que as regras são só para os outros”¹⁷⁴.

No jogo das manipulações, todas as armas são usadas pelo genitor alienador. O mais complicado é que, com o passar do tempo, nem o alienador distingue os acontecimentos verdadeiros dos falsos, ou seja, ele mesmo acredita nas histórias que inventou.

O filho alienado também apresenta alguns comportamentos bastante típicos. A criança denigre o genitor alienado com linguagem impróprio, utilizando-se de argumentos do genitor alienador e não dela própria; para isso usa motivos fracos ou sem conteúdo, tais como

¹⁷³TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP) In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.106 e 107.

¹⁷⁴SILVA, Evandro Luiz, et. al., **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardiã: Aspectos psicológicos, Sociais e Jurídicos**. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2007.

“meu pai não é confiável”; a criança declara que ela mesma teve a ideia de denegrir o pai alienado, esse é o fenômeno do “pensador independente” e acontece quando a criança garante que ninguém disse isso a ela, nega que alguém a tenha induzido a falar daquele modo, afirma que seus sentimentos e verbalizações são autênticos; o filho apoia e sente necessidade de proteger o pai alienador.

Dessa forma estabelece-se um pacto de lealdade entre filho e genitor alienador em função da dependência emocional e material, demonstrando medo em desagradar ou opor-se a ele; o menor menciona locais nos quais nunca esteve, descreve situações que nunca poderia ter experimentado. Essas são as chamadas “falsas memórias” implantadas pelo alienador e a animosidade é espalhada para também incluir amigos e ou outros membros da família do genitor alienado.

2.12 Alienação parental “às avessas”

Na esteira do conteúdo dos tópicos acima, a alienação parental é sem dúvida um fenômeno que se manifesta principalmente no ambiente materno, devido à tradição de que a mulher é a mais indicada para exercer a guarda dos filhos, em especial, quando muito pequenos.

No entanto, a alienação parental, mais especificamente seus atos podem ser praticados por qualquer dos genitores ou ainda por parentes ou por aqueles que tenham o menor sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Nesse sentido, dispõe o artigo 2º da Lei n.º 12.318/2010:

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.

Conforme dispõe o texto de lei, o alienado sempre será o filho e um dos pais, podendo o alienador ser o outro genitor, os avós, tutores, curadores ou pessoas que exerçam o direito de guarda ou tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade ou vigilância.

Não obstante a omissão legislativa, a doutrina inclui também no polo ativo, no rol de alienadores, os tios, irmãos ou qualquer parente próximo que exerça influência sobre o

menor¹⁷⁵, denegrindo a imagem dos pais e nele incutindo sentimentos de rejeição e de rancor com vistas à ruptura do vínculo afetivo na relação parental. De igual maneira, a doutrina também inclui no polo passivo, no rol de alienados, os avós¹⁷⁶ e outros parentes próximos, desde que exista sólido vínculo afetivo com a criança ou o adolescente.

A alienação parental pode ser instaurada por um terceiro, interessado, por algum motivo na desestruturação do ambiente familiar. Esse terceiro pode ser, como já mencionado, a avó, o avô, a tia, o tio, um amigo ou uma amiga da família que, por exemplo, dá palpites inadequados, ou ainda, um profissional mal-intencionado e antiético (psicólogo, médico, conselheiro tutelar ou advogado, entre outros).

Segundo pesquisa feita pelo IBGE em 2002, 91% dos casos de alienação parental foram praticados por mulheres, justamente em razão dessa tendência de a mãe ser a pessoa indicada para ficar com os filhos. Esta foi a última pesquisa feita pelo IBGE sobre o assunto que se tem conhecimento.

No entanto, a alienação parental pode ser instaurada também pelo genitor não guardião em face do genitor guardião. A esse processo de alienação parental sugere-se a nomenclatura “alienação parental às avessas”, justamente por não ser a regra praticada pelos genitores.

O genitor não guardião pode, sim, manipular a criança e/ou adolescente no momento das visitas, influenciando a prole a pedir que vá morar com ele, no intuito de subsidiar uma possível ação judicial de modificação de guarda. Ou ainda, diante da possível diferença de situação financeira dos genitores, é possível que o não guardião tenha se restabelecido com maior facilidade após o fim do relacionamento do casal e passe a oferecer aos filhos presentes, viagens, os quais poderiam até ser mais frequentes se houvesse a inversão da guarda.

¹⁷⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 463. FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.49. FREITAS, Douglas Phillips; **Alienação parental: comentários à Lei n.º 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 29. OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Responsabilidade - Teoria e Prática do Direito de Família**. Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, 2010. p. 237.

¹⁷⁶Regulamentação de visitas. Deferimento de visitas pleiteadas pela avó materna, em período estreito, sem retirada e com acompanhamento. Irresignação dos guardiões desacolhida. Processo criminal movido contra a genitora que não pode suprimir o convívio com os demais familiares maternos. Alienação parental. Não demonstrado perigo de prejuízo para a menor. Recursos improvidos. Agravo de Instrumento n.º 0516448-45.2010.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Caetano Lagrasta, data do julgamento: 08/06/2011. TJSP.

Denise Maria Peressini da Silva assinala que “no caso de o verdadeiro alienador ser um parente, existe alguma pssicopatologia estrutural da pessoa, ou dos vínculos familiares, para que haja indução do genitor a implantar a SAP contra outro genitor, usando a criança para isso”¹⁷⁷.

Não há dúvida de que é mais comum a alienação parental se apresentar em famílias multidisfuncionais. Quando a família possui uma dinâmica muito perturbada, a alienação parental pode se manifestar como forma e tentativa de buscar o equilíbrio das pessoas envolvidas.

Nesse contexto, Jorge Trindade afirma que “[...] a Síndrome de Alienação Parental é palco de pactualizações diabólicas, vinganças recônditas relacionadas a conflitos subterrâneos inconscientes ou mesmo conscientes, que se espalham como metástases de uma patologia relacional e vincular”¹⁷⁸.

Visando demonstrar a ocorrência de alienação parental “as avessas” conforme denominado neste estudo, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual o pai teve seu direito de visitas suspenso em relação aos filhos em razão do laudo psicossocial haver atestado a existência de disfunção no exercício da autoridade parental pelo genitor. Vejamos:

Agravo de Instrumento – n.º 1.0518.09.180577-1/001 pedido de providência – suspensão liminar do direito de visitas paternas – laudo psicossocial concludente quanto à existência de disfunção do exercício da função paterna – Alienação Parental comprovada – Decisão de deferimento mantida – O direito de visita não se destina apenas aos genitores, mas principalmente aos filhos, cujo desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual, em condições de liberdade e dignidade, depende de uma convivência saudável, direito este expressamente consagrado no artigo 227 da CF/88. – Em função da grande relevância da convivência familiar para o desenvolvimento da criança e do adolescente é que se admite a sua suspensão comente em caráter excepcional, nos casos em que houver prova inequívoca de que a convivência do menor com um dos genitores, ou com ambos, lhe seja mais prejudicial do que benéfica. – Deve ser mantida a decisão que defere, liminarmente, a suspensão do direito de o pai visitar os filhos, tendo em vista a posterior elaboração de laudo psicossocial que atesta, de forma categórica, a existência de uma evidente disfunção no exercício da função parental¹⁷⁹.

¹⁷⁷SILVA, Denise Maria Peressini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental. O que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

¹⁷⁸TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

¹⁷⁹TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0518.09.180577-1/001, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Mauro Soares de Freitas, Julgado em 18/08/2010.

2.13 Sentimentos do genitor alienador

Tão difícil quanto descrever os comportamentos e condutas mais comuns do alienador parental é compreender seus sentimentos. Não há dúvida de que há predominância do ódio e da raiva em relação ao genitor que também sofre a alienação, em regra, o não guardião.

Entre os sentimentos próprios do genitor alienador estão: a vontade de destruição, ódio e raiva do outro genitor, a inveja e o ciúme, a incapacidade de gratidão, a superproteção da prole, desejos e comportamentos de mudanças súbitas ou radicais, seja para afrontar o outro genitor, seja para afastar a prole deste.

2.14 Inovação legislativa

Diante da necessidade de regulamentação da alienação parental, prática que fere os direitos fundamentais da criança e do adolescente, e que sempre existiu na sociedade brasileira e no mundo, sem proteção legal específica, sendo que o ordenamento civilista já possibilitava sua proteção por intermédio de alguns institutos, tais como a perda do poder familiar do pai ou da mãe que pratica atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III do artigo 1.638 do Código Civil¹⁸⁰), ou ainda, praticar de forma reiterada falta com os deveres inerentes ao poder familiar, notadamente a direção da criação e da educação dos filhos menores (inciso IV do artigo 1.638, combinado com o artigo 1.637¹⁸¹, ambos do

¹⁸⁰CC - Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

¹⁸¹CC - Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Código Civil), na data de 26 de agosto de 2010, o Presidente da República Lula Inácio da Silva, sancionou a Lei n.º 12.318, que dispõe especificamente sobre a alienação parental¹⁸².

¹⁸²Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art.1º Esta Lei dispõe sobre a 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.

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.

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.

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 adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, 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.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

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;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

A lei é bastante recente, mas a alienação parental sempre existiu e é mais comum do que se pode imaginar.

A lei da alienação parental tem como idealizador e autor da proposta inicial o Doutor Elizio Luiz Perez, Juiz do 2º Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Após consultar profissionais da área, como psiquiatras, advogados da área de família além de pessoas que vivenciam a alienação, o mesmo idealizou o Projeto de lei n.º 4.053/08, que teve como autor o Deputado Regis de Oliveira (PSC-SP); aprovado por unanimidade na Câmara de Deputados Federal, no Senado tornou-se Projeto de Lei Complementar n.º 20/2010, tendo como relator o Senador gaúcho Paulo Paim (PT-RS), também sendo aprovado na íntegra na casa, encaminhado para a sanção do Presidente da República.

O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a lei no dia 26 de agosto de 2010, com dois vetos nos artigos 9º e 10º, que versavam sobre a sanção ou punição do genitor alienante, argumentando não fazer bem para o psíquico da criança estas punições aos seus genitores.

Esta lei veio para, à semelhança da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil Brasileiro, proteger a criação dos infantes e seus direitos fundamentais, em especial, seu convívio com a família, com os pais.

A lei estabelece em seu artigo 2º que a alienação parental ocorre quando

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

A opção legislativa pela nomenclatura “genitor” demonstra claramente que o ato de alienação parental pode ter por alvo indistintamente pai ou mãe.

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.

Art.7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art.8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art.9º (VETADO)

Art.10. (VETADO)

Art.11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

A referida lei criou mecanismos para combater o problema desde o início, o que antes não existia, sendo que o Judiciário se mostrava bastante tímido em seu agir.

De acordo com o previsto na lei, a alienação parental poderá ser reconhecida em ação autônoma ou de forma incidental, independentemente de requerimento específico, ou seja, poderá ocorrer, por exemplo, em uma ação de regulamentação de visitas, ação de fixação de guarda, podendo o juiz de ofício determinar a averiguação da situação do menor caso observe eventual prática de atos de alienação parental.

Alguns casos que configuram a alienação parental são exemplificados pela lei, tais como: 1) realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; 2) dificultar o exercício da autoridade parental; 3) dificultar o contato da criança ou adolescente com o genitor; 4) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; 5) omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive, médicas e alterações de endereço; 6) apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra os familiares deste ou contra os avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou o adolescente e 7) mudar de 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.

Havendo indício da prática da alienação, o juiz determinará a perícia psicológica ou biopsicossocial, seja para exame de eventuais atos de alienação parental ou de questões relacionadas à dinâmica familiar, e fornecerá indicações das melhores alternativas de intervenção, quando necessária.

A lei estabeleceu requisitos mínimos para assegurar razoável consistência do laudo, em especial, entrevista pessoal com as partes, exame dos documentos constantes dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma pela qual a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra o genitor.

Segundo a norma jurídica, se for verificada a veracidade das acusações a respeito da prática de atos que caracterizem a alienação parental, poderá o juiz: 1) advertir o responsável; 2) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; 3) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; 4) estipular multa ao alienador; 5) determinar acompanhamento psicológico monitorado; 6) determinar a alteração da guarda do menor e ainda 7) suspender ou decretar a perda do poder familiar.

Na audiência pública realizada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 01 de janeiro de 2009, com a participação dos convidados Maria Berenice Dias, Sandra Baccara, Cynthia Ciarallo, Karla Mendes e Elizio Luiz Perez, houve debate, entre outras questões, a respeito da conveniência da tipificação penal da alienação parental.

Prevaleceu a tese da Deputada Maria do Rosário de que a lei teria caráter educativo, preventivo e de proteção da norma, com restrição à parte penal. Foi excluído o tipo penal que previa “impedir ou obstruir ilegalmente contato ou convivência de criança ou adolescente com genitor”, que também indicava, segundo texto aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, pena de detenção de seis meses a dois anos.

Ademais, havia a dificuldade de tipificação direta dos atos de alienação parental, para efeito penal, considerando que, em muitos casos, pressupunha exame subjetivo de conduta, incompatível com a objetividade necessária para configuração do eventual ilícito penal e constatação de sua autoria.

Esse tipo penal também não oferecia maleabilidade para examinar os diferentes graus de alienação parental, suas motivações e relações com a dinâmica familiar nem recomendações de intervenção, caso a caso, segundo indicação pericial.

A pessoa que pratica a alienação parental pode não ser punida criminalmente por um tipo legal específico, mas seus atos não são aceitos por diversas legislações. Vejamos: lei de alienação parental – artigo 2º¹⁸³; violação a direito previsto no artigo 227 da Constituição Federal¹⁸⁴ (convivência familiar saudável); infração administrativa prevista no artigo 249 do

¹⁸³Lei nº 12.318/2010. 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.

¹⁸⁴CF - 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸⁵ que trata do descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda e da aplicação de multa de três a vinte salários de referência ou o dobro em caso de reincidência.

Cumpra colacionar ainda o previsto no artigo 3º da Lei n.º 12.318/2010:

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 grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança e ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

É importante ressaltar que conforme já mencionado, do projeto original houve veto presidencial¹⁸⁶ de dois artigos; um deles permitia o uso de “mediação extrajudicial” para solucionar conflitos relacionados à alienação parental¹⁸⁷ e o outro estabelecia pena de prisão

§3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

¹⁸⁵ECA - Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

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

¹⁸⁶Senhor Presidente do Senado Federal - Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 20, de 2010 (no 4.053/08 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990”.

¹⁸⁷Lei nº 12.318/2010 - Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

de seis meses a dois anos para o parente que apresentasse relato falso à autoridade judicial ou membro do conselho tutelar que pudesse “ensejar restrição à convivência da criança com o genitor”¹⁸⁸.

A nosso ver, o veto presidencial, no que tange ao uso de mediação extrajudicial, foi contraproducente e equivocada, uma vez que a mediação fundamenta-se na cultura da paz, na capacidade de ouvir, entender e libertar as pessoas de uma realidade cega; mecanismo esse absolutamente salutar para o encaminhamento de questões de família como a síndrome da alienação parental.

Contudo, apesar dos vetos havidos na lei, o mais importante é que hoje a alienação parental está sendo discutida e enxergada, seja nas relações familiares, seja nos processos judiciais, o que é um enorme avanço.

A Lei n.º 12.318/10 representa grande avanço jurídico social no direito das famílias brasileiro. Isso porque, ao conceituar os atos de alienação parental, exemplificar situações que nele se enquadram e as medidas de combate e de punição, referida lei contribuiu para que o Poder Judiciário julgue, previna e se for o caso puna, com maior efetividade, casos dessa natureza. Contudo, vale ressaltar que a lei deve ser aplicada com extrema sensibilidade, pois se está tocando em relação complexa, carregada de emoções e de consequências trágicas se mal conduzida.

§2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

§3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.”

Razões do veto “O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Ademais, o dispositivo contraria a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.”

¹⁸⁸Lei nº 12.318/2010 - Art. 10. O art. 236 da Seção II do Capítulo I do Título VII da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

‘Art. 236.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no caput ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.’ (NR)”

Razões do veto

“O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto.”

No ano de 2011 a promotora titular da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, autora do Ante-Projeto de Lei n.º 11.698/08 (Guarda Compartilhada), Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos¹⁸⁹, ao ser entrevistada, teceu comentários práticos da eficácia da Lei nº 12.318/2010¹⁹⁰ (Alienação Parental) até aquele momento, defendendo que o Judiciário foque na guarda compartilhada como prioridade para prevenir a ocorrência da alienação parental:

A lei é positiva, trouxe maiores recursos para uma atuação pró-ativa do Ministério Público e dos operadores do direito em geral. Penso, todavia, que a prevenção da alienação parental ainda é o caminho mais adequado. A mudança do paradigma da guarda única se faz necessária. Visitas quinzenais não garantem o direito da criança à convivência familiar. E pai ausente é potencial pai alienado. Enquanto não se estabelecer uma cultura de reconhecimento da guarda compartilhada como regra ainda vamos vivenciar muitas situações de alienação parental.

A eficácia da Lei de Alienação Parental também foi objeto de análise na audiência pública organizada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) para debater o tema, onde foi divulgado um dossiê elaborado através de um questionário nacional, contendo indícios de que a lei não está sendo cumprida e que os profissionais envolvidos, juízes, advogados e equipe multidisciplinar, não estão tecnicamente preparados para aplicá-la¹⁹¹.

A audiência produziu frutos importantes para a constante atualização e adequação da lei, a fim de conferir-lhe maior eficiência e aplicabilidade, como a criação de uma comissão nacional e interdisciplinar de estudos e fiscalização de entidades que atuam com crianças e jovens, a qual tem como missão fiscalizar, produzir e difundir conhecimentos sobre alienação parental, guarda compartilhada, abandono de incapazes, violência doméstica e pedofilia; a criação de um sistema nacional de formação, capacitação e especialização de todos os profissionais envolvidos nas mais diversas áreas de atuação afeitas à infância e juventude (áreas jurídicas, psicológicas, médicas, sociológicas, assistenciais, conselhos tutelares); a elaboração de uma pesquisa estatística de âmbito nacional sobre a ocorrência da

¹⁸⁹A autora também é subcoordenadora do Centro de Estudos Jurídicos do MPRJ e Co-Autora do livro *Guarda Compartilhada* (ONG APASE).

¹⁹⁰RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Alienação Parental*. In: **Revista Carta Forense**. Outubro/2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-alienacaoparentalpatriciapimentel.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁹¹A audiência foi requisitada pela Associação Brasileira Criança Feliz (ABCF), da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), nacional e regional do Rio Grande Sul, e da Ordem dos Advogados do Brasil do mesmo estado. IBDFAM. Audiência pública discutiu os desafios para combater a Alienação Parental. Assessoria de Comunicação do IBDFAM, junho de 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5058/novosite#.Uk4PaFOSdVE>>. Acesso em: 03 out. 2013.

alienação parental, a notoriedade da lei e do próprio fenômeno da alienação parental, bem como sobre a guarda compartilhada; a realização de um levantamento nacional das autuações e do tempo médio para resolução de conflitos de processos judiciais sobre a alienação parental e a guarda compartilhada; a criação da Semana Nacional de Conscientização sobre a Alienação Parental e instituição do dia “25/4” como Dia Nacional de combate a Alienação Parental no Brasil, entre outras.

Os problemas identificados na audiência pública, também são apontados pelo desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Caetano Lagrasta, que afirma que o despreparo dos profissionais da equipe multidisciplinar, para detectar e diagnosticar com precisão a ocorrência da alienação parental, torna o Judiciário desamparado para combater os atos do alienador, como restou demonstrado na oposição de julgados que ora punem o alienado, por não detectarem o problema, ora punem o alienador, em razão do diagnóstico tardio da ocorrência da alienação, tal como se deu no Conflito de Competência n.º 94.723/RJ, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior do Superior Tribunal de Justiça¹⁹². Acusa ainda, a ineficiência da lei de guarda compartilhada para definir o domicílio da criança.

Como solução, Lagrasta ressalta quais devem ser os focos de atuação dos profissionais envolvidos na prevenção, no diagnóstico e no combate à alienação parental: a capacitação dos profissionais envolvidos; a mediação e a conciliação, em detrimento da cultura da sentença; a previsão de penalidades desde a multa, a redução de pensão alimentícia, a inversão da guarda, até a prisão do alienador; as visitas realizadas pelo alienador devem ter a intervenção de um terapeuta, cuja atuação deve estar prevista na fixação do regime, ao menos para tomada de decisões urgentes; as declarações expressas sobre a ocorrência da SAP nas decisões, relatórios e laudos, direcionadas ao seu reconhecimento pela Associação Americana de Psiquiatria e consequente inclusão no Manual Diagnóstico e Estatístico de Desordens Mentais (DSM), uma vez que irá resultar em novas garantias ao paciente perante os sistemas públicos e particulares de saúde, além de modificações na forma de medicação e eventual internação, etc..

¹⁹²LAGRASTA NETO, Caetano. LAVAGEM CEREBRAL - O que é a Síndrome da Alienação Parental. In: **Revista Consultor Jurídico** de 17.09.2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

2.15 Formas de prevenir e combater a alienação parental

Inicialmente é importante mencionar que não existem apenas formas de repressão à alienação parental. É sim possível pensar em medidas preventivas a tal prática.

A Constituição Federal de 1988 no parágrafo 7º do artigo 226¹⁹³ apresenta o princípio da paternidade responsável relatado neste estudo, estimulando a prática de planejamento familiar, também denominado pelos profissionais da área da saúde de planejamento reprodutivo. Isto porque o nascimento dos filhos demanda necessariamente recursos de natureza física, social e econômica, o que deve levar à avaliação consciente do casal quanto aos deveres oriundos do processo de opção por ter filhos ou não, a quantidade de filhos que pretende ter e ainda a diferença de idade entre as crianças.

A nosso ver não há dúvida que o planejamento familiar ou reprodutivo contribui definitivamente para evitar a ocorrência da alienação parental; vez que desta forma, pensada e consciente, os filhos são fruto de um projeto parental e não de situações ocasionais. E mais. O planejamento possibilita também uma avaliação rigorosa a respeito da educação e condição de vida que será propiciada aos filhos.

Valéria Silva Galdino Cardim afirma de forma clara que

A liberdade de escolha, proporcionada pelo planejamento familiar, garante à família o livre exercício de um direito constitucional, consubstanciado no planejamento do núcleo familiar de forma consciente e responsável e o propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque apenas assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação serão respeitados¹⁹⁴.

Desta forma, a realização de planejamento familiar paralelamente ao exercício da paternidade responsável levam necessariamente à consecução do bem da família, vez que os filhos advirão de vontade consciente, planejada e responsável dos genitores. Neste sentido, acredita-se seja possível evitar a alienação parental futura.

¹⁹³CF - 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

¹⁹⁴CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. In: **VII Congresso Brasileiro de Família**, 2.009, Belo Horizonte. Família e Responsabilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=223>. Acesso em: 22 dez. 2010.

Outra forma de prevenir a alienação parental é a estipulação consensual da guarda compartilhada dos filhos no casos de ruptura do relacionamento conjugal.

Nada mais saudável aos filhos do que os genitores compreenderem que a ruptura de sua união gera divisão de papéis perante a prole, papéis estes que até então eram exercidos de forma conjunta pelo pai e pela mãe. Desta forma, conscientes de tal divisão, os genitores visando prevenir à alienação parental, firmam acordo a respeito da guarda dos filhos, sendo que cabe ressaltar, que o magistrado poderá decidir de forma diversa, tudo com base no melhor interesse dos filhos.

Carla Alonso Barreira explica que

[...] a guarda compartilhada seria a melhor forma de se evitar a condenação da criança ou adolescente inocente, à pena de afastamento de um dos pais, que somente os visitará, não podendo repartir as alegrias, vitórias, derrotas e as vivências simples do cotidiano de um ser humano em fase de extrema descoberta e autoconhecimento, quando estabelecida uma guarda unilateral¹⁹⁵.

Além das medidas preventivas à alienação parental, cumpre discorrer a respeito do combate à alienação parental instalada, neste caso recebe o nome de síndrome da alienação parental ou em vias de instalação.

O Estado, como articulador e provedor da pacificação social, deve garantir acesso à justiça, viabilizando desta forma o combate à alienação parental.

Maria Tereza Aina Sadek ensina que

Acesso à justiça significa a existência de possibilidades reais e concretas de acesso aos meios mediante os quais indivíduos podem fazer valer seus direitos. Acesso à justiça não diz única e exclusivamente ao Poder Judiciário e aos tribunais, com capacidade de garantirem direitos e arbitrar disputas, de forma imparcial, segundo os preceitos legais. Acesso à justiça corresponde a uma série interligada e combinada de fenômenos. Significa antes de tudo, o conhecimento de direitos e o reconhecimento de situações de quebra ou de ameaça a direitos. A partir daí, a busca de possibilidades de encontrar soluções, sejam elas no interior ou não do Poder Judiciário. E finalmente que essas soluções sejam efetivas¹⁹⁶.

Uma vez identificado o processo de alienação parental, é sumamente importante que o Poder Judiciário ou quem o substitua, como no caso da mediação, aborte com rapidez seu desenvolvimento, visando dessa forma, a impedir a instalação da síndrome.

¹⁹⁵BARREIRO, Carla Alonso. Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. 06 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

¹⁹⁶SADEK, Maria Tereza Aina. A Defensoria Pública no Sistema de Justiça Brasileiro. In: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A Construção da igualdade e o sistema de Justiça no Brasil. Alguns caminhos e possibilidades**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007, p.11.

No que se refere especificamente ao Poder Judiciário, a inadequada, insuficiente e incompleta formação de juízes, promotores e defensores públicos que atuam nas varas de família, além do setor técnico, leva tais profissionais a por não se debruçarem devidamente sobre casos que, se fossem examinados de forma correta e completa, não se converteriam mais adiante na síndrome da alienação parental.

Priscila Maria Côrrea da Fonseca explica que “via de regra, até por falta de adequada formação, os juízes da família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado”.¹⁹⁷

É importante a realização de rigorosa perícia psicossocial, para, que, depois, o magistrado possa determinar com maior segurança técnica qual ou quais as medidas para a proteção do infante deverão ser aplicadas.

Não se pretende sugerir com isso que os Magistrados atuantes nas varas de família tenham formação técnica em psicologia ou qualquer outra ciência ou ainda que, sejam capazes de identificar sozinhos, a presença da alienação parental. Mas seria imprescindível que esses mesmos Magistrados, especialmente por falta de conhecimento técnico especializado, exigissem da equipe multidisciplinar que os assessoram exame psicológico, psiquiátrico das partes envolvidas com urgência, para que diante da presença de seus elementos identificadores adotassem as providências judiciais adequadas.

Da mesma forma, os advogados e defensores públicos que militam na área do direito de família, quando diante de casos de alienação parental, têm o dever de manter aceso o interesse maior a ser protegido, qual seja, o interesse do menor, salientando ao alienador a necessidade de acompanhamento técnico especializado, a reflexão sobre seus atos, em especial, quais as consequências legais para a prática de atos típicos de alienação parental.

Jorge Trindade faz a seguinte consideração a respeito das percepções que os magistrados e advogados têm tido em relação à guarda dos filhos:

A percepção empírica de que o comportamento dos genitores está sendo prejudicial a qualquer de seus filhos tem levado os operadores do direito a alterar as questões relativas à guarda e às visitas. Principalmente quando se verifica, dentro do processo, que o interesse da criança está sendo lesado, o Ministério Público, com base na Doutrina da Proteção Integral e como órgão consagrado de defesa dos direitos da criança e do adolescente,

¹⁹⁷FONSECA, Priscilla Maria Côrrea da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/html/1174/body/03.htm>>. Acesso em: 24 maio 2012.

tem agido para promover medidas necessárias que podem até mesmo implicar alterações do estado da família¹⁹⁸.

Os profissionais das áreas da psicologia, assistência social e psiquiatria, atuam nos casos de alienação parental como peritos, por designação formal da autoridade judicial, ou como assistentes ou assessores técnicos contratados pelas partes. Conforme observa José Taborda “para propiciar o exercício destas funções, a psiquiatria forense utiliza conhecimento técnico e clínico (mais que terapêutico), visando a fornecer noções técnicas indispensáveis à solução de questões de ordem técnico-psiquiátrica ou afins nos procedimentos jurídicos”¹⁹⁹.

Assim sendo, verifica-se a necessidade de que os peritos atuantes nessa área possuam conhecimentos específicos, em especial para a atuação forense, sendo que no Brasil a atuação dos profissionais de psicologia, assistência social e psiquiatria é quase que completamente voltada para a área clínica.

Não há dúvida de que a disseminação do conhecimento a respeito da alienação parental, seja pelo poder judiciário, seja pelos profissionais que atuam nas equipes multidisciplinares, seja pelo leigo, possibilitará prevenir sua ocorrência, prevenir a instalação da síndrome de alienação parental e, principalmente, evitar traumas e dificuldades que possam vitimar crianças e adolescentes envolvidos.

É importante ressaltar que as providências judiciais a serem adotadas diante de caso de alienação parental, encontrarão variação a depender do grau, da intensidade, do estágio do processo de alienação.

Nos casos mais graves medidas drásticas e urgentes devem ser tomadas, sendo que a modificação da guarda bem como a restrição de visitas ao alienador devem ser ponderadas.

Poderá o magistrado determinar a realização de terapia familiar nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado; determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, de medida de busca e apreensão; condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária enquanto houver descumprimento do regime de visitas fixado ou a prática alienadora; alterar a guarda do menor, em especial, quando o alienante apresentar conduta patológica, podendo inclusive suspender as visitas em favor desse genitor ou que estas sejam realizadas de forma supervisionada; dependendo da gravidade do comportamento do genitor alienante, poderá

¹⁹⁸TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.178.

¹⁹⁹TABORDA, José G.V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elis. **Psiquiatria forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004, p.30.

ordenar sua prisão com base no artigo 330 do Código Penal Brasileiro, que prevê o crime de desobediência, que nada mais é do que o descumprimento de ordem judicial.

Conforme já mencionado a lei da alienação parental recebeu veto presidencial no artigo que fazia menção à possibilidade de decretação de prisão no caso de alienação parental. No direito brasileiro há fiel oposição para que práticas tendentes a impedir o exercício de visitas sejam consideradas crime, mas em outros países a situação é diferente.

2.16 Posicionamento dos tribunais brasileiros

Antes mesmo da promulgação da Lei n.º 12.318/10, diante de flagrantes casos que envolviam a alienação parental, os magistrados buscavam mecanismos jurídicos aplicáveis para sancionar as condutas alienadoras. O magistrado utilizava-se, em regra, do Poder Geral de Cautela, para, por exemplo, impor multa cominatória para o caso de inadimplemento de decisão judicial prévia que tivesse estipulado regime de visitas e que não fora cumprida, tendo a mãe criado obstáculos a que o pai exercesse seu direito de convivência. Falava-se também em encaminhamento do genitor inadimplente a tratamento psicológico ou pais e filhos a terapia familiar, ou ainda, em caracterização de crime de desobediência pelo genitor que descumprisse decisão judicial.

Após o advento da lei os Tribunais passaram a usar os mecanismos previstos na legislação específica para identificar e combater alienadores e reprimir seus comportamentos típicos.

Passemos a análise de alguns julgados na temática.

O recurso de agravo de instrumento de nº 665402-4/0, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo, processo originário do 11º Ofício da Família e Sucessões do Foro Central, que teve como relator o Desembargador Jesus Lofrano, trata da separação de um casal de libaneses, sendo que o varão durante anos manteve a esposa sob tortura, humilhando-a e agredindo-a, a ponto de fazê-la tentar por vezes o suicídio, e que, por meio de alienação parental, afastou-a dos filhos. A decisão de primeiro grau considerou-o culpado, deu a guarda à mãe e fixou indenização por dano moral. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no referido recurso reformou parcialmente a decisão e manteve o reconhecimento da culpa do varão e condenou a mulher indiretamente por culpa

concorrente, tendo mencionado que “não precisaria esperar o transcurso de todos os anos de vida em comum para separar-se...”. Desta forma, desconsiderou a submissão e o regime de terror a ela impostos durante anos e a ele atribuiu a guarda, além de haver negado a indenização. O Superior Tribunal de Justiça por sua vez, reformou tal acórdão, parcialmente, apenas para conceder a indenização. A tramitação do processo se prolongou de 1993 a 2001, sendo que as crianças contavam com nove e sete anos quando do seu início e tinham, ao término, dezessete e dezenove anos de idade, revelando-se desta forma a inutilidade da decisão tantos anos após instalada a alienação parental²⁰⁰.

Em sede de recurso de agravo de instrumento interposto em ação de regulamentação de visitas, foi discutida a legitimidade dos avós maternos para postular a regulamentação de visitas do neto, no qual o desembargador relator concluiu, respaldado na autora Maria Berenice Dias, no artigo 227 da Constituição Brasileira e no ECA, que o direito do infante à convivência familiar é recíproco e se estende a toda a família, incluindo ascendentes e colaterais, devendo ser observado para impedir a instalação da SAP. Sendo assim, o relator negou seguimento ao recurso, declarando-o manifestamente improcedente²⁰¹.

Os recursos de agravo de Instrumento de nº 0516448-45.2010 e nº 0554950-53.2010, oriundos da Comarca de Pirassununga, seguem com a seguinte ementa:

Regulamentação de visitas. Deferimento de visitas pleiteadas pela avó materna, em período estreito, sem retirada e com acompanhamento. Irresignação dos guardiões desacolhida. Processo criminal movido contra a genitora que não pode suprimir o convívio com os demais familiares maternos. Alienação parental. Não demonstrado perigo de prejuízo para a menor. Recursos improvidos.

A ação principal versa sobre a ação de regulamentação de visitas em que o juiz de primeiro grau concedeu à avó materna o direito de visitar sua neta, o que ensejou a interposição de recurso de agravo de instrumento pelos guardiões da criança, sob o argumento de que as visitas prejudicarão a infante, que a avó não sabe lidar com a criança e que precisa de acompanhamento psicológico, conforme indicou o estudo psicossocial. O outro recurso de agravo de instrumento foi interposto pela avó contra a decisão que determinou o acompanhamento da psicóloga do juízo nas visitas.

O desembargador Caetano Lagrasta não deu provimento aos recursos por considerar que o interesse da criança em manter o vínculo afetivo com sua avó materna seria precípuo

²⁰⁰RE nº 37.051, Relator Ministro Nilson Naves, Julgado em 25/06/2001. In: LAGRASTA NETO, Caetano. LAVAGEM CEREBRAL - O que é a Síndrome da Alienação Parental. Revista Consultor Jurídico de 17.09.2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

²⁰¹TJSP, Agravo de Instrumento nº 665402-4/0, Comarca de São Paulo, 11º Ofício da Família e Sucessões do Foro Central, Relator Desembargador Jesus Lofrano.

sobre o processo criminal do qual ela era acusada, sendo que este não pode ser utilizado como prática de alienação parental para evitar o convívio entre as duas. Alertou as partes, ainda, da necessidade de se evitar a instalação da SAP, citando a doutrina de Richard Gardner. Diante do laudo do estudo psicossocial, entendeu suficiente que as visitas sejam assistidas pelos guardiões e pela psicóloga do juízo²⁰².

As duas decisões acima elencadas pertinentes ao direito de visita dos avós foram convergentes e sensíveis, ao mesmo tempo, ao interesse da criança e ao direito de visita dos familiares, concluindo pela necessidade de se preservar o vínculo afetivo para evitar a ocorrência da SAP, principalmente diante de casos em que os genitores se manifestam abertamente contra a convivência, o que por si só já revela uma atitude alienadora.

O recurso de apelação de nº 0148158-90.2006.8.26.0000, oriundo da Comarca de Santos, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

DANO MORAL - Separação judicial - Utilização de dados pessoais, difamação e alienação parental - Litígio judicial com várias ações propostas - Circunstancias decorrentes da separação — Danos não comprovados - Excepcionalidade da conduta não demonstrada - Recurso não provido.

Neste recurso o apelante não obteve sucesso na ação de indenização por dano moral proposta em razão de alegar ter sido vítima de difamação, uso indevido de dados sigilosos e alienação parental praticados por sua ex-cônjuge ao longo do processo de separação. O Relator Desembargador Luís Francisco Aguiar Cortez aponta que o estudo psicossocial realizado na ação de regulamentação de visitas proposta pelo apelante, detectou que a rejeição dos filhos pelo pai teve origem em problemas do casal. Além disso, o relator entendeu que não restou comprovada qualquer conduta da mãe para desabonar o genitor aos filhos, tendo por base as declarações das testemunhas trazidas pelas partes, que demonstraram a ocorrência de mero dissabor entre os ex-consortes em meio à separação, cujos conflitos indicam a co-responsabilidade do autor, conforme relata a testemunha Ana Lúcia, que se referiu a comentários a respeito da separação (fls. 224/226), a testemunha Maria Isabel apontou, além dos comentários, queixas da requerida em relação ao autor (fls. 227/229), todavia, nenhuma delas apontou situação específica de ofensa a moral do autor ou estímulo a sua rejeição pelos filhos; era natural que, no ambiente de disputa judicial, cada

²⁰²TJSP, Agravo de Instrumento nº 0516448-45.2010 e 0554950-53.2010, Comarca de Pirassununga, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Caetano Lagrasta, Julgado em 08/06/2011.

um imputasse ao outro a responsabilidade pela separação, todavia, o reconhecimento do dano moral exige mais do que meras queixas²⁰³.

O recurso de Apelação nº 0013462-25.2012.8.26.0577, oriundo da Comarca de São José dos Campos, que teve como Relator o Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, seguiu com a seguinte ementa:

Indenização por danos morais. Ex-conviventes. Pais de filha comum. Réu impossibilitado de exercer regular visita. Manifestação ocorrida não demonstrou ofensa à dignidade da pessoa humana ou exposição da autora à situação vexatória. Documentação existente comprova o óbice no exercício regular de visitas do genitor. Requisitos para a configuração dos danos morais ausentes. Apelo desprovido²⁰⁴.

A ação principal foi proposta pela genitora para requerer indenização por supostos danos morais sofridos quando o genitor lhe imputou a prática de alienação parental na internet, em virtude de não conseguir visitar sua filha. Como a ação foi julgada improcedente, a mãe apelou para tentar demonstrar a ocorrência dos danos.

O relator confirmou a decisão de primeira instância, justificando sua decisão com a constatação de ausência de conduta danosa por parte do genitor, que apresentou provas do impedimento à visitação efetuado pela genitora, além do laudo do estudo social, que revelaram a existência de conflito entre as partes, decorrente do fim do relacionamento. Ressaltou ainda, que a recusa da mãe em permitir a visitação do pai, poderia configurar alienação parental em uma interpretação simplista.

Para a verificação de ocorrência de dano moral ao genitor vítima de alienação parental, o tribunal considerou as provas consistentes no laudo psicossocial e nas declarações de testemunhas, que não demonstraram indícios de que a mãe denegrisse a imagem do pai aos filhos, além de revelar outra justificativa para a rejeição deles pelo pai. Já no julgado anterior, em que a genitora alienante se coloca como vítima de dano moral, porque o marido expôs sua conduta alienadora nas redes sociais, o laudo do estudo social e o próprio ato materno de impedir a visitação confirmaram o alegado pelo genitor alienado e desconfiguraram o dano moral. Porém, nota-se que o relator não se convenceu da ocorrência de alienação parental, mas tão somente de que o genitor disse a verdade sobre a conduta da mãe de impedir as visitas, diante de sua afirmação de que essa atitude poderia configurar alienação em uma interpretação simplista.

²⁰³TJSP, Apelação nº 0148158-90.2006.8.26.0000, Comarca de Santos, Relator Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, Julgado em 21/06/2011.

²⁰⁴TJSP, Apelação nº 0013462-25.2012.8.26.0577, Comarca de São José dos Campos, Relator Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, Julgado em 25/10/2012.

O recurso de apelação criminal n.º 0063816-59.2007.8.26.0050, oriundo da Comarca de São Paulo, que teve como relator o desembargador Hermann Herschander, foi interposto pelo Apelante em virtude de sua condenação em primeiro grau, por supostamente haver praticado atos libidinosos contra sua filha de quatro anos de idade, quando exercia seu direito de visita. O genitor alegou que restou comprovada a prática de alienação parental pela genitora da criança, que a teria induzido a acreditar no abuso e a incriminar falsamente o pai²⁰⁵.

O relator confirmou a sentença, indicando que foram comprovadas a autoria e a materialidade do delito pela prova documental produzida e pela declaração das testemunhas. O desembargador destacou o relato da namorada do irmão mais velho da infante à época dos fatos, pois teria sido a primeira a ouvir da criança o que o genitor praticava com ela, sendo que ela não conhecia o apelante, o que demonstra a falta de motivos para acusá-lo falsamente com um relato tão incriminador, por crime de tamanha gravidade, segundo o magistrado.

O magistrado também frisou que as demais testemunhas alegaram que a criança lhes contou o ocorrido exatamente com as mesmas palavras, repetindo a história diversas vezes, inclusive em juízo:

Essa narrativa, expressa com as mesmas palavras, foi repetida pela criança, de forma segura e coerente, por diversas outras vezes: além de Brunella, narram terem-na ouvido a genitora Ana Maria, a professora Rose, a psicóloga Sônia, a assistente social Elza e a psicóloga Dalka.

Ainda, o pediatra da criança revelou que ela chorava nas consultas, não querendo que ele a tocasse para examiná-la. Asseverou também que a criança foi submetida a inúmeros exames psicológicos e a estudo social, que concluíram pela veracidade de suas afirmações e apontaram que a rejeição da criança pelo pai decorria justamente de seu desejo de não mais sofrer os abusos.

Finalmente, a psicóloga Dalka Chaves de Almeida Ferrari, do Centro de Referência às Vítimas de Violência, após afirmar que "Lis Vitória revela reações próprias da criança que foi molestada sexualmente", conclui: "os dados obtidos tanto na fase diagnóstica quanto nas sessões falam a favor de indícios de atos libidinosos, erotização, toques e manipulações sexualizados - enfim, comportamentos que traduzem a utilização do corpo da criança para fins de estimulação sexual do adulto".

Logo, o juiz concluiu que não seria razoável considerar que a criança conseguisse convencer erroneamente todos os diversos profissionais que a avaliaram, pressupondo, assim, a concretude e aptidão das provas apresentadas para incriminar o genitor.

²⁰⁵TSP, Apelação criminal n.º 0063816-59.2007.8.26.0050, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Hermann Herschander, julgado em 04/08/11.

Por sua vez, a tese de alienação parental alegada pelo genitor foi superada na opinião do magistrado, o qual reconheceu que o conflito entre o casal, anterior às práticas de abuso, e os óbices criados pela mãe às visitas paternas, conforme relatório do conselho tutelar, configuraram cenário propício para a ocorrência da alienação parental. Porém, considerou que a simples prova de que a mãe tentou afastar a criança do pai era insuficiente para demonstrar que o relato do crime de abuso foi falsamente incutido na mente da criança, afirmando, inclusive, que a atitude da genitora, após tomar conhecimento do caso, demonstrou que ela não faria tal acusação se fosse inverídica, consoante narra o excerto abaixo:

Da mera oposição de Ana às visitas do pai da criança à invenção de uma sórdida história de abuso sexual contra a própria filha, permeada de detalhes escabrosos, vai uma distância muito grande, que a prova não demonstra ter Ana percorrido.

Com efeito, inúmeras mães separadas ostentam sentimentos semelhantes aos de Ana Maria; a esmagadora maioria delas, contudo, não ousaria atribuir ao ex-companheiro a prática de abuso sexual contra a própria filha, e consequentemente submeter esta última, assim como a si própria, aos constrangimentos que envolvem a demonstração desse crime.

Aliás, a prova aponta em sentido inverso: Ana não relatou ter ouvido a narrativa inicialmente da vítima, mas de Brunella. Ao tomar conhecimento desse fato, cercou-se de cautelas, consultando em primeiro lugar o pediatra da criança, e depois uma psicóloga. Mais tarde submeteu sua filha a outras avaliações por profissionais. E somente depois de tudo isso levou os fatos ao conhecimento da Autoridade Policial.

Ademais, apesar da defesa do genitor haver apresentado relatórios favoráveis de visitas supervisionadas pelo CEVAT - Centro de Visitas Assistidas do Tribunal de Justiça, onde a infante teria demonstrado afeto pelo pai e até mesmo o desejo de com ele residir, o magistrado considerou que a idade da criança a impediria de avaliar o significado e a gravidade dos atos nela praticados, especulou que esse comportamento poderia ocorrer somente na frente do pai, mas distante dele, ela poderia revelar que não desejava se aproximar dele, portanto, essa reação não seria suficiente para contrapor as acusações de abuso .

No recurso de apelação nº 0041784-65.2004.8.26.0050, Comarca de São Paulo, que teve como relator o desembargador Ivan Marques, o genitor foi condenado em primeira instância por supostamente haver abusado sexualmente de seu filho de oito anos no período de visita. Em sua defesa, alegou que a mãe praticava alienação parental, que nunca mais vira

o filho depois do episódio (cerca de dois anos), e que tudo começou quando quis rever a pensão alimentícia estipulada na separação porque teve outro filho²⁰⁶.

Quando a criança passava as férias e festas de final de ano com o pai, este teria se aproveitado da mesma enquanto dormiam juntos. O menino quis voltar para a casa da mãe antes da data prevista e quando ela foi lhe dar banho, ele teria revelado que estava com dor no ânus. A mãe vendo que ele estava ferido o levou ao hospital público no dia seguinte. A médica que atendeu o caso, após a mãe revelar a suspeita de abuso, afirmou que o ferimento poderia decorrer tanto da violência, quanto de constipação intestinal e contatou o Conselho Tutelar. Três dias depois, foi realizado o exame de corpo de delito no IML, que não constatou evidência de abuso sexual na criança.

A criança não relatou que sofreu abuso para a médica, mas confirmou essa versão em juízo e disse que não queria mais visitar o pai. A mãe afirmou que o filho não consegue mais se relacionar com outras crianças, especialmente mais velhas, e que está em constante tratamento psicológico.

Em seu relato, a atual esposa do genitor acusado afirmou que na data em que teria ocorrido o evento, ela dormiu em sua casa com seu filho, enquanto o acusado dormiu na casa de sua sogra sozinho com o menino, além de que era praxe os dois dormirem juntos na mesma cama nos dias de visita, enquanto ela dormia em outro lugar.

As testemunhas de defesa afirmaram que a mãe sempre manipulava o garoto e tentava impedir as visitas, pois o ex-casal tinha conflitos frequentes desde a separação, que ocorreu enquanto a mãe estava grávida do menino. Ela também teria ciúme do novo relacionamento do genitor e do filho que teve com sua atual esposa. Quando o genitor foi buscar a criança na casa da mãe para passar as férias com ele, foi necessário, inclusive, acionar a polícia, porque ela não permitia que a criança fosse com o pai. Revelaram ainda, que a criança sempre tinha um comportamento nervoso, instável, quando vinha para as visitas. Depois desse evento, a genitora impediu qualquer contato da criança com o pai.

Em grau de apelação, o pai foi absolvido por insuficiência de provas, já que o relator entendeu que o caso poderia configurar tanto abuso de fato, quanto a síndrome da alienação parental, exigindo, assim, a aplicação do princípio *in dubio pro reu*.

O revisor do processo, desembargador Almeida Sampaio, votou pela manutenção da condenação do réu, por entender que o relato do infante sobre o suposto abuso sexual ao

²⁰⁶TJSP, Apelação nº 0041784-65.2004.8.26.0050, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Ivan Marques, Julgado em 12/11/12.

familiares, ao psicólogo, na polícia e em juízo, combinado com a sequência de eventos, da descoberta das lesões pela mãe e do relato do filho sobre o abuso, a ida ao hospital, a verificação da possibilidade de abuso pela médica e a confirmação da narrativa pelo padrasto do menino, denotavam a ocorrência do delito, em contraposição à ausência de provas do genitor que demonstrasse a realidade em sentido contrário. No que tange ao laudo do IML, o magistrado destacou que foi realizado apenas três dias após o evento, quando os ferimentos já não eram perceptíveis, ou seja, não pode valer como prova de que não ocorreu a violência.

Pondere-se que, em se cuidando de crime sexual cometido na clandestinidade, o valor da narrativa da vítima adquire especial grandeza. Difícil acreditar que a vítima, criança, imputaria ao acusado o crime sem que fosse verdade. Observe-se a existência de fio condutor das ações que se repetem em todas as narrativas, o que faz admitir a veracidade da acusação.

O que primeiramente chama a atenção nesse julgado é a ausência de menção à elaboração de estudo psicossocial por profissionais tecnicamente capacitados a diagnosticar a síndrome da alienação parental. Diante da extrema dificuldade em se averiguar a veracidade das acusações, como poderiam os julgadores se abster de utilizar o meio de prova mais contundente, porquanto mais seguro e preciso, dado o respaldo científico, do que declarações de testemunhas parciais? No que compete ao voto do revisor, destaca-se a relevância conferida à repetição do mesmo relato pelo infante, uma vez que, como essa conduta também é característica de vítimas da SAP, torna-se insuficiente para dirimir a dúvida sobre a veracidade dos fatos alegados.

O recurso de embargos Infringentes de nº 0111201-72.2006.8.26.0006/50000, oriundo da Comarca de São Paulo, que teve como Relator o Desembargador Caetano Lagrasta, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Embargos Infringentes. Suspensão de visitas. Risco de alienação parental. Ausência de elementos que comprovem a prejudicialidade de visitas monitoradas pelo genitor. Embargos rejeitados²⁰⁷.

Neste caso a genitora do filho em comum propôs ação declaratória de suspensão de visitas, a fim de impedir a aproximação entre pai e filho, sob o fundamento de que o pai teria abusado sexualmente da criança e esta não mais desejava com ele conviver. O genitor recorreu da decisão que lhe preteriu e obteve julgamento parcialmente favorável em grau de recurso, o qual permitiu a ocorrência de visitas quinzenais entre o genitor e a criança no

²⁰⁷TJSP, Embargos Infringentes de nº 0111201-72.2006.8.26.0006/50000, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Caetano Lagrasta, Julgado em 06/03/2013.

CEVAT - Centro de Visitação Assistida do Tribunal de Justiça de São Paulo, e ensejou a propositura de embargos infringentes pela genitora.

Em seu voto, o desembargador Caetano Lagrasta alertou para a recorrência de casos em que a falsa denúncia de abuso sexual é usada como forma de alienação parental, favorecidos pela ausência de estudo psicossocial elaborado por equipe técnica apta a diagnosticar a ocorrência da alienação. Para o relator, a precariedade da prova científica desse caso, impedia que seja vetada a convivência entre pai e filho, devendo ser privilegiado o melhor interesse da criança e não a desavença, ou o desequilíbrio mental entre os genitores.

O recurso de apelação nº 0016381-42.2008.8.26.0604, oriundo da Comarca de Sumaré, que teve como Relator o Desembargador Ericson Maranhão, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR – Materialidade e autoria comprovadas – As palavras das vítimas têm força probante indiscutível, sempre que firmes, coerentes e amparadas nos demais elementos probatórios – Negativa do réu que não encontrou amparo no conjunto probatório coligido – Condenação mantida.

PENAS - Adequação - Básicas que devem retornar aos patamares mínimos porque a fundamentação utilizada para a majoração refere-se a circunstâncias que integram o tipo penal - Afastamento da causa de aumento do art. 9º, da Lei nº 8.072/90, em razão da revogação do art. 224, do Código Penal, pela Lei nº 12.015/09, ao qual fazia expressa remissão.

CUSTAS JUDICIAIS - Condenação que decorre de expressa previsão legal - Réu que, se for o caso, pode se beneficiar do artigo 12, da Lei nº 1.060/50, na execução.

Recurso parcialmente provido²⁰⁸.

Nesse caso, o genitor de dois filhos foi condenado criminalmente por atentado violento ao pudor supostamente praticado contra os infantes. Na tese de defesa, aduziu que a genitora praticou alienação parental e induziu os filhos a o denunciarem falsamente, além de já obstar as visitas desde o momento da separação.

Ainda assim, o magistrado restringiu-se aos depoimentos dos garotos de oito e doze anos de idade, bem como ao boletim de ocorrência para certificar-se da materialidade e da autoria do delito, descartando a tese da defesa sobre a SAP, simplesmente porque considerou suas narrativas coerentes, com boa dicção e idéias concatenadas.

A autoria consubstancia-se nas palavras das vítimas, que, apesar da pouca idade e do tempo decorrido desde a data dos fatos e até a tomada de seus depoimentos em juízo, apresentaram relatos coerentes, não havendo razão para duvidar-se de suas narrativas, não se comprovando tivessem qualquer

²⁰⁸TJSP, Apelação nº 0016381-42.2008.8.26.0604, Comarca de Sumaré, Relator Desembargador Ericson Maranhão, Julgado em: 23/05/2013.

motivo para acusar falsamente o próprio pai de tão grave delito (fls. 26, 27, 71/75 e 76/80). [...]

Não há nos autos nenhum indicativo de que as crianças tenham sofrido influência de parte da genitora capaz de comprometer a validade de seus depoimentos. Como bem observado pelo douto magistrado: “Pelo contrário, as vítimas apresentaram considerável dicção e concatenação de ideias quando ouvidas e interesse pelos estudos, a afastar qualquer argumentação de existência de pensamentos fantasiosos e congêneres ou de alienação parental.” (fls. 126).

Kátia Regina Gasparotto, em depoimentos firmes e harmônicos, corroborou a versão das vítimas. Acrescentou que, após tomar conhecimento dos fatos, passou a entender o comportamento estranho dos filhos, os quais começaram apresentar certa resistência em passar os finais de semana com o pai e, quando retornavam, ficavam agressivos, não se alimentavam direito e perdiam a vontade de ir à escola (fls. 66/70).

É de se espantar a facilidade com que se condena alguém a quinze anos de reclusão sem que a tese de alienação parental tenha sido esmiuçadamente analisada e afastada, o que não é possível sem minuciosos estudos psicossociais realizados por profissionais notadamente peritos nessa análise. Pautar-se tão somente nos depoimentos de uma criança e um adolescente sob a guarda materna, é esquecer-se de que um dos sintomas da SAP, quando há falsa acusação de abuso sexual, é justamente o infante ou jovem repetir a mesma história, insistentemente incutida pelo genitor alienante, a tal ponto, que a mentira se torna verdade na mente de quem a conta.

O recurso de apelação nº 0011801-47.2008.8.26.0481, oriundo da Comarca de Presidente Epitácio, que teve como Relator o Desembargador Eduardo Abdalla, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Apelação criminal. Autoria e materialidade bem delineadas. Reconhecimento de que o crime de atentado violento ao pudor contra infante, vigente à época dos fatos, é mais benéfico, na hipótese, do que o novo art. 217-A, do CP, introduzido pela Lei n.º 12.015/2009. Manutenção da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal, diante da demonstração de que o Apelante detinha autoridade sobre a menor, na ausência da genitora. Penas diminuídas para atender a modificação do tipo. Regime fechado mantido²⁰⁹.

O recurso trata de apelação criminal contra sentença que condenou o namorado da genitora por supostamente haver praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a enteada de nove anos de idade, cuja guarda os pais disputam.

A alegação de alienação parental apresentada pela defesa foi afastada pelo juízo de origem e pelo magistrado de segundo grau, em face do laudo psicológico, que analisou essa

²⁰⁹TJSP, Apelação nº 0011801-47.2008.8.26.0481, Comarca de Presidente Epitácio, Relator Desembargador Eduardo Abdalla, Julgado em 11/10/2013.

possibilidade, mas concluiu pela inexistência de indícios de falsas memórias ou alienação, caso contrário seria possível notar características comportamentais como “apego excessivo à figura acusadora, no caso o genitor que concretizou a denúncia; [...] ausência de ambivalência ou [...] defesa deliberada do genitor alienador, entre outras”.

Para os magistrados, a alegação de alienação parental em virtude da disputa pela guarda entre os genitores precisaria ser acompanhada de provas como cópias do processo, ou outros elementos que demonstrassem os atos alienadores do pai contra a mãe.

Nessa decisão, o tribunal se distanciou novamente da possibilidade de obter maior certeza quanto a inoccorrência da alienação parental, pois, apesar da conclusão negativa do laudo psicológico, o relator enfatizou o depoimento da vítima e destacou a observação do juiz de primeiro grau de que outros elementos de prova poderiam auxiliar a tese da defesa, mas não foram trazidos aos autos, apenas mencionados pelo acusado, o que torna o estudo psicossocial suspeito de não ter avaliado todas as circunstâncias da vida da criança e de seus genitores, para confirmar o afastamento da tese de alienação parental.

O recurso de apelação de n.º 0004717-06.2010.8.26.0196, oriundo da Comarca de Franca, que teve como Relator o Desembargador Ribeiro da Silva, Julgado em 27/06/2012, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Apelação - Regulamentação de Guarda - Pelo estudo psicossocial realizado, denota-se que a menor está adaptada ao convívio com a família paterna, na casa dos avós paternos, e denota bom relacionamento com todos eles - Quanto ao lar materno, só ficou reafirmado o conflito com o padrasto, que se tomou agressivo com ela, e instabilidade psicológica da mãe, que está sob tratamento medicamentoso, e na atual situação esta não está apta a estabelecer contatos afetivos com a filha que permitam o retorno desta para casa - Pela idade da menor, que atingirá a maioridade em março de 2013, deve ser levada em conta a sua vontade, conforme o que se estabelece no art. 161, § 2º do ECA - Recurso improvido pela d. maioria, contra o voto do Relator sorteado, que lhe dava provimento (Voto 23538)²¹⁰.

A ação principal trata da disputa de guarda de uma adolescente de dezessete anos de idade, que fugiu da casa da mãe para morar com o pai e expôs sua vontade de continuar residindo com seu genitor, por não ter bom relacionamento com o atual marido da genitora. O estudo psicossocial foi favorável à vontade da adolescente, pois constatou que ela está adaptada ao convívio com a família paterna, enquanto permanece vívido o conflito com o padrasto, além de a mãe se encontrar com instabilidade psicológica e sob tratamento com medicamentos.

²¹⁰TJSP, Apelação de n.º 0004717-06.2010.8.26.0196, Comarca de Franca, Relator Desembargador Ribeiro da Silva, Julgado em 27/06/2012.

O relator designado privilegiou a vontade da adolescente em respeito ao artigo 161, §2º do ECA e ao laudo psicossocial.

Em voto vencido, o Desembargador Caetano Lagrasta acusou a existência de irregularidade no estudo social, visto que não fora realizado na residência onde mora a adolescente, que vive com os avós paternos. Indicou ainda a necessidade de evitar a ocorrência de alienação parental e ressaltou a utilidade da guarda compartilhada, decidindo pelo provimento do recurso para dar continuidade à instrução e elaboração de um novo estudo psicossocial, em que seja analisada a possibilidade de alienação parental, bem como da opção pela guarda compartilhada.

Como bem ressaltado pelo Desembargador Lagrasta, eventual vício na elaboração do estudo psicossocial torna-o inapto a certificar o juízo da inoccorrência de alienação parental e, sem essa certeza, a decisão judicial pode se tornar favorável à conduta alienante, prejudicando o vínculo afetivo entre a adolescente e a genitora eventualmente alienada.

O recurso de agravo de instrumento de nº 0045080-36.2013.8.26.0000, oriundo da Comarca de Barueri, que teve como Relator o Desembargador Percival Nogueira, 04/04/2013, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL - Designação de audiência de conciliação antes da análise do pedido de tutela antecipada - Inoccorrência de prejuízo - É dever e responsabilidade do juiz tentar a conciliação das partes, visando o superior interesse do menor - Gravidade das consequências advindas do reconhecimento da síndrome de alienação parental que reclama cautela e prova técnica robusta acerca de sua ocorrência - Situação que exige diagnóstico seguro quanto aos sinais de deterioração da figura materna unicamente em razão da conduta do genitor, e condições plenas desta em assumir o exercício da guarda - Estudo social realizado preliminarmente que não restou conclusivo - Necessidade de ao menos instalar-se o contraditório - Agravo a que se nega provimento²¹¹.

O processo versa sobre a alteração da guarda de um infante que se encontra há três anos na casa paterna. A mãe propôs a ação e não se conformou com a decisão inicial que designou audiência de conciliação entre as partes, ao invés de inverter a guarda liminarmente, pois o relacionamento entre ambos era conflituoso e ela acusava o genitor de praticar alienação parental, o que teria resultado em consequências psicológicas visíveis no filho, pelos distúrbios de comportamento que apresenta. Como indícios da conduta alienadora do pai, a genitora relata, nas palavras do desembargador:

²¹¹TJSP, Agravo de instrumento de nº 0045080-36.2013.8.26.0000, Comarca de Barueri, Relator Desembargador Percival Nogueira, julgado em 04/04/2013.

Discorre sobre os fatos que demonstram a implantação do processo de alienação e comprovação através da perícia social realizada; comportamento permissivo do pai e ausência de autoridade paterna para impor disciplina ao filho; problemas escolares e de convívio social; falsa denúncia de violência contra a genitora; tudo a fundamentar a necessidade de imediata reversão da guarda em seu favor. Considera-se apta a garantir melhores condições de desenvolvimento ao filho, longe da violência moral e psicológica que vem sendo impingida pelo pai.

Certo da gravidade da SAP, o relator afirma que a criação de óbices à visitação pelo genitor não-guardião configura sério indício de alienação parental, porém, também seria gravemente traumático modificar a guarda da criança e sua rotina de forma repentina, antes da elaboração de prova técnica, que certificasse a ocorrência da alienação.

Além disso, o estudo social realizado em caráter preliminar demonstrou que a criança estava sofrendo psicologicamente, mas não concluiu pelo genitor que melhor seria seu guardião, visto que também foram constatados problemas de convivência com a mãe e, até mesmo, de que os dois genitores prejudicam o bem estar do infante em algum sentido. Não obstante, eventual modificação de guarda deveria ser gradual segundo o posicionamento da perita.

Apesar da cautela do relator ao optar por adotar a orientação do estudo social preliminar e aguardar a conclusão de um estudo mais aprofundado, que apontasse o genitor que deveria ter a guarda da criança, não se pode olvidar que, diante de um estudo que diagnostique problemas de convívio do infante com ambos os pais, prima a necessidade de se colocar a criança sob a guarda provisória de uma terceira pessoa neutra, para que ela possa sair da zona de influência do genitor alienante e tomar consciência da manipulação que sofria, conforme ressaltado por Fonseca²¹².

O recurso de apelação de nº 0017271-29.2009.8.26.0609, oriundo da Comarca de Taboão da Serra, que teve como Relator o Desembargador Vito Guglielmi, Julgado em 08/08/2013, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Recurso. Apelação. Requisitos de admissibilidade. Deserção. Inocorrência. Caso em que há pedido de gratuidade sem que tenha sido apreciado pelo juízo. Apelo recebido. Decisão de recebimento, ademais, que não foi objeto de agravo. Preclusão caracterizada. Recurso conhecido. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ação de modificação de guarda. Alegada necessidade de continuidade da instrução processual. Prova oral pretendida que se mostra absolutamente desnecessária para o deslinde da causa. Desnecessidade de dilação probatória. Preliminar rejeitada.

²¹²FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasao paulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013. p.163.

Menor. Guarda. Pedido formulado pela genitora em face do genitor. Admissibilidade. Estudos, no caso, revelam que a guarda seria melhor exercida pela mãe. Privilégio, outrossim, à preferência expressa manifestada pelas crianças de forma reiterada. Ausência de situação de risco. Sentença de procedência da ação mantida. Alterada, contudo, o regime de visita estabelecido no julgado. Recurso parcialmente provido, com observação.

Menor. Visitas. Regulamentação. Pretendida modificação do regime de visitas para aquele estabelecido por ocasião da separação do casal. Admissibilidade. Fixação do regime de visitas acordado naquela oportunidade que era o seguido pela genitora e que atende aos interesses dos infantes e seu genitor. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido, com observação²¹³.

Os genitores de dois adolescentes litigaram em processo de modificação de guarda julgado procedente para deferir a guarda dos jovens à mãe, que com ela deveriam morar a partir do final do ano letivo de 2012, e regulamentar as visitas do genitor quinzenalmente, aos finais de semana, razão pela qual o pai decidiu apelar para tentar modificar o decisum e retomar a guarda dos filhos.

O magistrado de segundo grau considerou todo o arcabouço probatório composto pelo estudo psicossocial e o histórico familiar, o depoimento dos adolescentes de doze e de catorze anos de idade, que demonstraram no laudo psicológico o desejo de morar com a genitora, como suficiente para concluir que a guarda materna traduzia o melhor interesse dos jovens, dando apenas parcial provimento ao recurso do genitor para regular as visitas tal qual foram fixadas na separação. Isso porque a guarda dos adolescentes anteriormente era materna, mas “os relatos apontaram que a mãe foi acometida de um câncer e no intuito de poupar os menores concedeu a guarda ao pai na busca do seu restabelecimento (fl. 264)”. Apesar de não tê-los sob sua guarda direta, a mãe não deixou de realizar o acompanhamento escolar dos filhos, ainda que tenha precisado insistir com o pai, que não queria a participação da mãe na vida dos filhos.

Por outro lado, o genitor revelou que deixou a casa de seus pais em virtude de novo casamento e não dispunha mais de uma pessoa para exercer os cuidados diários dos filhos. Isso se refletiu no depoimento dos adolescentes que reclamaram da falta de atenção paterna e dos problemas de convívio com a sua atual esposa. Mesmo assim, o pai não deixou de atacar a genitora, afirmando que o interesse dela na guarda é de cunho financeiro.

A postura alienante do genitor ficou caracterizada no estudo social como anterior à própria separação judicial, ao praticar atos para impedir a convivência e participação da

²¹³TJSP, Apelação nº 0017271-29.2009.8.26.0609, Comarca de Taboão da Serra, Relator Desembargador Vito Guglielmi, Julgado em 08/08/2013.

genitora na vida dos filhos, como não permitir contato pessoal ou telefônico, ou compartilhamento da vida escolar dos adolescentes, além das constantes desqualificações da genitora aos filhos.

A decisão do relator denotou cuidado ao considerar todas as provas em conjunto para constatar os elementos que comprovam a alienação parental, ainda que infrutífera, praticada pelo genitor contra a mãe dos adolescentes e decidir por conceder a guarda à genitora.

No recurso de agravo de instrumento nº 0156330-74.2013.8.26.0000, oriundo da Comarca de São Bernardo do Campo, que teve como Relator o Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

GUARDA - Ação de regulamentação proposta pelo pai cumulada com pedido de busca e apreensão de menor - Alegação de conduta reprovável da genitora a possibilitar reversão da guarda - Decisão de primeiro grau que indefere o pedido de tutela antecipada - Inexistência de comprovação de situação de risco à criança - Inviabilidade de se modificar a guarda até que venham novos elementos de convicção - Preservação dos interesses da menor - Decisão mantida - Agravo desprovido²¹⁴.

O pai de uma criança de cinco anos intentou ação de regulamentação de guarda contra a genitora guardiã e teve o pedido de tutela antecipada para receber a guarda provisória da infante negado pelo magistrado de primeira instância, que considerou ausente a verossimilhança da alegação de situação de risco.

Em sede de agravo de instrumento, o relatório aduz:

Afirma, em apertada síntese, que a recorrida tem praticado condutas reprováveis em relação à menor, além de ressaltar que ela ostenta 77 processos cíveis, 13 execuções fiscais e 3 processos criminais, sendo um deles do Estado de Alagoas, no qual conseguiu obter liberdade somente após pagamento de fiança. Argumenta ainda que a criança está sendo vítima de alienação parental, além de a agravada fazer uso de bebida alcoólica e preferir estar na companhia de amigos ao invés do convívio regular com a menor, que fica sob os cuidados da babá²¹⁵.

Acompanhando a decisão de primeiro grau, o relator considerou prematura a inversão da guarda sem o devido estudo psicossocial, visto que não é sequer conhecido há quanto tempo a mãe detém a guarda da criança, além de ausente o requisito de verossimilhança da alegação de que a criança estaria em risco na guarda materna e de que esta não cuida da infante de forma adequada, uma vez que a notícia de que a genitora é ré em diversos processos não caracteriza essa condição. O argumento de alienação parental não foi analisado e não houve oportunidade de contraditório.

²¹⁴TJSP, Agravo de instrumento nº 0156330-74.2013.8.26.0000, Comarca de São Bernardo do Campo, Relator Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan, Julgado em 31/10/2013.

²¹⁵Ibidem.

Acredita-se que no caso em tela a avaliação psicossocial deveria ter sido adiantada por determinação do Desembargador, uma vez que o quanto antes detectada a alienação parental, menores ou menos drásticas são as consequências; mas não, apenas houve negativa ao pleito levado a Juízo.

O recurso de agravo de instrumento de nº 0075630- 82.2011.8.26.0000, oriundo da Comarca de São José do Rio Preto, que teve como Relator o Desembargador Neves Amorim, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Ação Declaratória de Alienação Parental - Determinação das medidas provisórias previstas no artigo 6º da Lei n 12.318/2010 - Não cabimento, por ora - Inexistência de relato de ocorrências recentes que envolvam a agravada e sua conduta de impedir a convivência entre pai e filha - Aguardo do contraditório e melhor instrução do feito. Decisão mantida. Recurso improvido²¹⁶.

Na ação declaratória de alienação parental proposta pelo genitor contra a genitora da filha em comum, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que não concedeu liminar para a imediata aplicação das medidas provisórias previstas no artigo 6º da Lei n.º 12.318/2010, mesmo diante das ações alienadoras imputadas à mãe pelo pai, como destaca o magistrado no excerto abaixo transcrito:

Insurge-se o agravante contra a r. decisão sustentando que a agravada “vem procedendo de forma reprovável, fazendo crer a filha do casal que o pai não se importa com a filha, que não participa de sua criação, impede a criança de receber os telefonemas que o pai lhe faz, encontra 'desculpas' para não deixar o genitor visitar a filha dizendo que ela não está, não responde e-mails e não mais atende os telefones quando é o pai da criança que liga, além de nutrir na criança sentimento de indiferença com relação ao seu genitor, chegando ao absurdo de deixar de utilizar o sobrenome paterno e não ligar sequer no dia do aniversário do agravante nem no dia dos pais.” Requer sejam aplicadas, desde já, as medidas previstas no artigo 6º da Lei nº 12.318/2010, garantindo-se o exercício de seu direito de visitas à filha.

O Relator Desembargador Neves Amorim indicou que as provas documentais trazidas pelo genitor aos autos, consubstanciadas em boletins de ocorrência, datavam dos dois anos anteriores à propositura da ação, não demonstrando, dessa forma, que a genitora perpetrou ato recente que impedisse a convivência entre a criança e o pai. A ausência de citação também adentrou a motivação do desembargador para desacolher o pedido.

A decisão do relator sobre a suposta data de ocorrência dos atos de alienação, além de não possuir respaldo legal, revela desconhecimento do tema, porquanto os atos de alienação tendem a se protrair no tempo e não a cessar espontaneamente, de tal forma que a

²¹⁶TJSP, Agravo de instrumento nº 0075630- 82.2011.8.26.0000, Comarca de São José do Rio Preto, Relator Desembargador Neves Amorim, Julgado em 02/08/2011.

inércia do julgador, frente aos indícios de alienação, podem promover ainda maior consolidação das consequências advindas dos atos da genitora, maculando em definitivo o vínculo entre pai e filha. Logo, as datas dos boletins de ocorrência deveriam ser fundamento para a imediata decretação das medidas provisórias e não para sua negativa.

Os embargos de declaração de nº 0200014-64.2009.8.26.0008/50000, oriundos da Comarca de São Paulo, que tiveram como Relator o Desembargador Egidio Giacoia, seguiram com a ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ação de execução da obrigação de fazer – Recurso parcialmente provido – Acórdão que não se ressentiu dos vícios a que alude o art. 535 do CPC – Mera irresignação – Caráter infringente – Prequestionamento – Embargos rejeitados.

1. Os embargos de declaração têm natureza integrativa, sendo previstos para sanar omissões, contradições ou obscuridades quando existentes no julgado.

2. A exigência de questionamento para a interposição de recurso especial ou extraordinário deve ser cumprida pela parte e não pelo julgador, que não precisa apontar expressamente se restaram ou não violados dispositivos legais ou constitucionais apresentados para sustentar a argumentação do recurso²¹⁷.

Os embargos de declaração foram opostos pela genitora, requerida na ação de obrigação de fazer proposta pelo genitor, contra acórdão de recurso que manteve a decisão de primeiro grau no que compete à decretação de medidas provisórias previstas na Lei de Alienação Parental (artigo 4º), tais como, pagamento de multa, advertência da possibilidade de suspensão do poder familiar e alteração da guarda, além de determinar a complementação do laudo psicológico e a suspensão das visitas, que só poderiam retornar quando a perita judicial indicasse que o tratamento psicológico das partes as viabilizaria.

O magistrado Egidio Giacoia rejeitou os embargos, pois entendeu ser desnecessária a realização de perícia técnica para enquadrar seus atos (genitora) como de alienação parental, visto que seria suficiente a análise dos autos e a subsunção ao conceito descrito no artigo 2º da referida lei. E concluiu que a lei garante que o mero indício de ocorrência da alienação já é suficiente para que o juiz possa impor as medidas provisórias, a fim de preservar a integridade psicológica do adolescente, portanto, a complementação do laudo pericial e o parecer da psicóloga do juízo que acompanha as partes, teriam demonstrado a necessidade de aguardar a progressão no tratamento para retomar as visitas gradualmente.

²¹⁷TJSP, Embargos de declaração nº 0200014-64.2009.8.26.0008/50000, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Egidio Giacoia, Julgado em 21/08/2012.

Essa decisão escancara a falta de uniformidade sobre a aplicação das medidas provisórias pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que o Douto relator interpretou a lei como autorizadora da imposição das medidas provisórias diante de mero indício de alienação, enquanto no julgado anterior, o magistrado trouxe uma interpretação diferente, segundo a qual os indícios devem ser recentes para justificar a decretação das medidas.

O recurso de agravo de instrumento de nº 0041070-17.2011.8.26.0000, oriundo da Comarca de Araraquara, que teve como Relator o Desembargador Antonio Vilenilson, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Regulamentação de visitas - Condições impostas ao pai - Eventual recusa de entregar as crianças no dia da visita paterna deve ser analisada com cuidado - Imprescindível prova cabal para a imputação de alienação parental e crime de desobediência²¹⁸.

A ação principal consiste na regulamentação de visitas proposta pelo genitor contra a mãe de suas filhas. Diante da recusa da genitora em entregar as infantes no dia de visitação do pai, o juiz de primeiro grau determinou seu indiciamento por crime de desobediência e alienação parental.

Porém, como ressalta o desembargador relator, as visitas foram determinadas com circunstâncias específicas, devendo o genitor respeitar a vontade das filhas em ir com ele no dia de visita ou não, o que exige cautela na constatação de que a mãe simplesmente teria se recusado a entregar as filhas, para não alimentar inadvertidamente a disputa entre os pais e prejudicar a saúde psicológica das filhas. Seguem as condições da visitação paterna, que tornam claro o entendimento do magistrado, que deu provimento ao recurso da mãe:

- a - não retirar ou restituir os filhos ao lar materno em conjunto com a atual companheira;
- b - não desrespeitar as pessoas e o local de residência dos filhos, com discussões verbais;
- c - respeitar a vontade das crianças em não deixar o lar materno, ou dele permanecer ausentes durante período de visitas, ou seja, caso os filhos desejem retornar ao lar materno durante o dia de visitas, o requerente deverá fazê-lo, e caso não queiram deixar o lar materno o requerente deverá respeitar essa recusa e retornar no outro dia de visita.

O relator analisou prudentemente as condições das visitas antes de decidir sobre o suposto descumprimento da ordem judicial, porém, para se certificar de que não ocorreu prática de alienação parental pela mãe, seria indispensável um detalhado estudo psicossocial,

²¹⁸TJSP, Agravo de instrumento nº 0041070-17.2011.8.26.0000, Comarca de Araraquara, Relator Desembargador Antonio Vilenilson, Julgado em 20/09/2011.

pois, apesar do acordo de visitação permitir a recusa dos filhos em ir com o pai, não é possível concluir a priori se essa decisão partiu das crianças, ou de uma atitude alienante da mãe, que os teria convencido para tanto.

Os embargos de declaração de nº 0195925-81.2007.8.26.0100/50002, oriundos da Comarca de São Paulo, que tiveram como Relator o Desembargador Francisco Loureiro, seguiram com a ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Inexistência de vícios no julgado. Caráter infringente dos embargos, estranho à sua função meramente integrativa do julgado. Desnecessidade do refazimento de prova técnica, que se mostra completa e adequada a indicar o melhor interesse dos filhos e a inocorrência de alienação parental. Prequestionamento. Embargos rejeitados²¹⁹.

A genitora de seis filhos opôs embargos de declaração em face do acórdão que não acolheu sua pretensão de realização de nova perícia técnica especializada para detectar a ocorrência de alienação parental praticada pelo genitor, em razão de o laudo presente nos autos constar de dois anos antes da lei de alienação parental e não conter os requisitos necessários à constatação.

O Desembargador Relator rejeitou os embargos por seu caráter infringente e ressaltou que não haveria motivo para refazer a prova técnica, pois identificou que a equipe multidisciplinar estava apta a diagnosticar a existência de alienação parental, ainda que não tenham demonstrado ter formação técnica para tanto nos autos, como aduz no excerto abaixo transcrito:

Claro que se à época da elaboração do laudo pericial ainda não se encontrava em vigor a L. 12.318/2010, não se pode cogitar de adequação da peça técnica a determinados requisitos legais.

Lembre-se, porém, que a equipe multidisciplinar que elaborou os laudos periciais foi formada por profissionais de larga experiência e reconhecida capacitação.

Os requisitos do art. 5º., par. 1º. da L. 12.318/2010 foram rigorosamente observados pelos peritos. Os laudos fizeram ampla avaliação psicológica e social, contendo entrevistas com as partes, histórico de relacionamentos e avaliação da personalidade dos envolvidos.

Não faria o menor sentido a anulação de longo processo, apenas e tão somente para que os profissionais demonstrassem a existência de histórico profissional ou acadêmico em alienação parental, requisito inexistente à época em que o laudo foi elaborado²²⁰.

²¹⁹TJSP, Embargos de declaração nº 0195925-81.2007.8.26.0100/50002, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Francisco Loureiro, Julgado em 14/03/2013.

²²⁰Ibidem.

Sendo assim, o magistrado concluiu que a prova testemunhal produzida no processo corroborava com o laudo e o estudo psicossocial, de forma a fundamentar a decisão do tribunal de rejeitar a alegação de alienação parental e manter a guarda paterna unilateral dos filhos.

O recurso de agravo de instrumento de nº 0195836-91.2012.8.26.0000, oriundo da Comarca de Botucatu, que teve como Relator o Desembargador Vito Guglielmi, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Menor. Suspensão liminar do direito de visitas do pai. Inadmissibilidade. Causa de pedir da suspensão que diz respeito a fatos graves, mas não relacionados à conduta do genitor em face das filhas. Excesso da determinação para cessação das visitas. Risco de dano concreto que advém, de fato, da própria privação do contato entre o genitor e as menores. Determinação para retomada das visitas embora em regime mais restrito e sob a supervisão do CEVAT ou equivalente da comarca de residência das crianças. Decisão alterada. Recurso de agravo de instrumento parcialmente provido²²¹.

A mãe de duas meninas propôs ação cautelar, na qual obteve liminarmente decisão favorável para suspender o direito de visita do genitor das crianças, o qual interpôs agravo de instrumento para tentar reverter a suspensão, com alicerce nas supostas condutas alienantes da genitora, tais como mudança de domicílio para local distante, isolado e sem infraestrutura básica, a omissão do nome do genitor nos dados escolares das crianças, bem como a colocação de óbices ao exercício do direito de visitas do pai .

Conforme ressaltado pelo desembargador e pelo genitor, as agressões verbais e físicas e os danos patrimoniais gerados contra o carro da genitora se deram justamente por conta da instabilidade emocional provocada pelas atitudes alienantes dela, mas, em nenhum momento, houve qualquer manifestação negativa contra as filhas, pelo contrário, ele desejava manter o convívio saudável com a prole. Logo, como o direito de visita é decorrente do poder familiar, sua suspensão é exceção, que somente pode ocorrer quando essa opção privilegiar o melhor interesse das crianças e a partir da prova inequívoca de risco concreto e real às infantes decorrente do direito de visitas. Por essas razões, diante do risco efetivo da privação do convívio paterno à formação e desenvolvimento das crianças, o relator decidiu por manter as visitas supervisionadas até que seja prolatada a sentença ao final do processo.

²²¹TJSP, Agravo de instrumento nº 0195836-91.2012.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, Relator Desembargador Vito Guglielmi, Julgado em 07/03/2013.

Nos embargos de declaração de nº 0018121-35.2007.8.26.0292/50000, oriundo da Comarca de Jacareí, que tiveram como Relator o Desembargador Mendes Pereira, seguiram com a ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Embargante que não aponta nenhuma omissão, contradição ou obscuridade - Rediscussão da matéria - Inadmissibilidade - Caráter infringente - Necessidade de convivência do genitor e família paterna com a criança que não deve ser afastada - Ausência de motivos suficientes para se duvidar da idoneidade e interesse paterno - Embargos de declaração rejeitados²²².

No recurso interposto na ação de regulamentação de visitas, a genitora guardiã de uma criança tentou, sem sucesso, restringir as visitas do pai à supervisão de uma babá, sob o argumento de que ele traria perigo à filha por ser sonâmbulo, ou detentor de problemas mentais mais graves, que ocasionaram agressões físicas à genitora durante o sono e motivaram a dissolução do casamento.

O relator rejeitou os embargos e acolheu a fundamentação do acórdão embargado para declarar que o pai não demonstrou ser um risco para a filha, não havendo justificativa para impedir que a visitação ocorra de forma regular, sem obstáculos criados por parte da genitora guardiã.

Sendo assim, o magistrado alertou que os atos da genitora guardiã na tentativa de desconstituir o vínculo entre pai e filha, como a imposição de supervisão da babá nas visitas e discursos negativos sobre o genitor para a criança, poderiam ser enquadrados como alienação parental e a guarda restar invertida, pois os genitores não podem transferir as mágoas do término da relação aos filhos.

Muito cuidado deve ter o juiz ao regulamentar o direito de visita, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do direito do filho de contato permanente com ambos. Limitações demasiadas podem conduzir ao afastamento progressivo do pai não guardião, em prejuízo do filho.

No recurso de agravo de instrumento de nº 0044942-69.2013.8.26.0000, oriundo da Comarca de Jundiaí, que teve como Relator o Desembargador Luiz Ambra, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS A FILHA MENOR, PLEITEADA PELO GENITOR - Agravo contra decisão que condicionou a antecipação de tutela à realização de prévio estudo psicossocial - Possibilidade de solução alternativa, enquanto não tem lugar - Para que a

²²²TJSP, Embargos de declaração nº 0018121-35.2007.8.26.0292/50000, Comarca de Jacareí, Relator Desembargador Mendes Pereira, Julgado em 19/06/2013.

visitação tenha lugar, em caráter provisório, na forma oferecida pela mãe ao contestar - Agravo parcialmente provido, para tanto.”

Na ação de regulamentação de visitas proposta pelo genitor não guardião, foi requerida a antecipação de tutela para permitir, desde o início da ação, uma frequência maior de contato entre pai e filha, mas o juiz de primeiro grau considerou que seria necessário realizar o estudo psicossocial primeiro, o que motivou a interposição do agravo.

O breve voto do relator acolheu parcialmente o pedido, a fim de evitar a ocorrência da alienação parental, deferindo as visitas como foram ofertadas pela genitora guardiã na contestação, ou seja, por seis horas no primeiro domingo de cada mês.

Em todas as decisões, os magistrados optaram conscientemente por separar o conflito do ex-casal do relacionamento que cada genitor possui com os filhos, a fim de preservar o melhor interesse das crianças na convivência com ambos os pais e evitar a ocorrência de alienação parental. Portanto, no tocante à regulamentação de visitas de um genitor, quando há denúncia de alienação parental por uma das partes, o Tribunal de Justiça de São Paulo demonstrou maior uniformidade em suas decisões.

O recurso de apelação de nº 0024169-34.2012.8.26.0001, oriundo da Comarca de São Paulo, que teve como Relator o Desembargador Grava Brazil, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Ação de suprimimento de consentimento paterno – Procedência – Inconformismo – Desacolhimento – Afastada a alegação de inépcia da inicial – Genitora que é parte legítima para propor a ação - Ausência de nulidade decorrente do não atendimento ao art. 433 do CPC quanto ao laudo psicológico – Réu que não afirma pretender esclarecimentos orais da psicóloga e teve oportunidade de se manifestar sobre o laudo – Ausência de interposição de recurso contra o encerramento da instrução - Genitora e guardiã de menor que intenciona alterar domicílio para outro país, levando a filha, em virtude de casamento com estrangeiro - Conjunto probatório que não demonstra motivos que justifiquem a recusa do consentimento paterno - Sentença confirmada – Recurso desprovido²²³.

A ação principal foi procedente e versou sobre o suprimimento de consentimento paterno para que a genitora guardiã pudesse levar a filha em comum, ao mudar seu domicílio para os EUA, devido ao novo casamento com estrangeiro. O pai se manifestou contrário à mudança.

O genitor não guardião apelou e, em parte de suas alegações, afirmou que a mãe praticava alienação parental ao impedir que ele e a filha se comunicassem. De outro lado, o

²²³TJSP, Apelação nº 0024169-34.2012.8.26.0001, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Grava Brazil, Julgado em 09/10/2012.

genitor arguiu a nulidade do laudo do estudo psicossocial, por não atender ao prazo previsto no artigo 433 do CPC, vindo aos autos tão somente na audiência de instrução.

No voto, o Desembargador Relator negou que houvesse nulidade, pois o laudo não constituiria prova pericial, não se subsumindo ao regramento do artigo 433 do CPC. Esclareceu ainda, que a finalidade do prazo é permitir a possibilidade de esclarecimentos orais pelo expert, mas o genitor não requereu que a psicóloga fosse ouvida na audiência, nem que ela esclarecesse oralmente algum assunto do laudo, mesmo quando se manifestou sobre ele em sede de memoriais. Além disso, o genitor não interpôs recurso quando cabível em face do encerramento da instrução na audiência.

Sobre a alienação parental, o Desembargador afirmou que não foram constatados indícios de sua ocorrência e que a criança relatou que sempre mantinha contato com o pai pela internet, sugerindo que o hábito pode ser preservado após a mudança. Assim, sob o pretexto de resguardar o melhor interesse da criança, sem analisar em nenhum momento o direito à convivência e acompanhamento de cada etapa de vida entre pai e filha, o Desembargador concluiu:

Também se extrai, da análise do estudo psicológico, que o referencial de família da menor está situado na família materna, bem como que o relacionamento da criança com o padrasto e o irmão mais novo é afetuoso, nada havendo de significativo que possa recomendar a permanência da menor no Brasil, como pretendido pelo apelante.

Assim, embora compreensível o sentimento do apelante no sentido de buscar evitar a distância que se estabelecerá com a mudança da filha para outro país, vê-se que a recusa do consentimento não está pautada pelo melhor interesse da criança, posto que não parece razoável se impor à genitora a escolha entre a convivência com o marido ou com a filha, até mesmo porque o apelante não pretende obter para si a guarda da menor²²⁴.

A decisão supra vai de encontro com toda a doutrina de alienação parental e de que o melhor interesse da criança é conviver com ambos os pais, relegando o genitor a mero coadjuvante na vida da filha, com quem somente poderá se relacionar através da internet, sem nenhum domínio sobre as decisões pertinentes ao seu dia a dia.

O recurso de agravo de instrumento de n.º 70015224140, oriundo da 7ª Vara Cível, oriundo da Comarca de Porto Alegre, que teve como Relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, teve desfecho abaixo transcrito:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Miriam S.S., em face da decisão de fls. 48, que,

²²⁴TJSP, Apelação nº 0024169-34.2012.8.26.0001, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Grava Brazil, Julgado em 09/10/2012.

nos autos da ação de destituição do poder familiar que move em face de Sidnei D.A., tornou sem efeito a decisão da fl. 41, que, na apreciação do pedido liminar, suspendeu o poder familiar do agravado. Alega que a destituição do poder familiar havia sido determinada em razão da forte suspeita de abuso sexual do agravado com a filha do casal. Afirmar que não concorda com a manifestação do magistrado que tornou sem efeitos a decisão proferida anteriormente, visto que não utilizou nenhum expediente. Ademais, ressalta que juntou aos autos documentos de avaliação da criança e do grupo familiar. Requer seja provido o presente recurso e reformada a decisão impugnada, com a consequente suspensão do poder familiar (fls. 2-7). O Desembargador-Plantonista recebeu o recurso no efeito meramente devolutivo (fls. 49). O agravado, em contrarrazões, alega que a agravante não trouxe aos autos o laudo psicológico das partes, o qual é essencial para o entendimento do caso. Afirmar que o laudo pericial produzido em juízo, reconheceu a impossibilidade de diagnosticar a ocorrência do suposto abuso sexual de que é acusado. Salienta que tal ação está sendo utilizada pela agravante como represália pelo fato de o agravante já ter provado na ação de regulamentação de visitas a inexistência de tal atrocidade, bem como, ter obtido o direito de rever sua filha. Requer o desprovimento do agravo (fls. 58-64). A Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento, para que seja suspenso, liminarmente, o poder familiar do agravado por seis meses, determinando-se, de imediato, o seu encaminhamento a tratamento psiquiátrico, nos termos do artigo 129, inciso III do ECA, para futura reapreciação da medida proposta, restabelecendo as visitas, caso assim se mostre recomendável, mediante parecer médico-psiquiátrico, a ser fornecido pelos profissionais responsáveis pelo tratamento do agravado e do infante, no prazo acima mencionado, a fim de permitir ao Juízo o exame da matéria (fls. 119-127). Requerido o adiamento do julgamento do recurso, em face da audiência. Nesta, deliberada a continuação das visitas junto ao NAF, requereu a agravante o desacolhimento do recurso (fls. 130-142). É o relatório. Diante deste quadro, e inexistindo prova da existência de abuso sexual na ação de regulamentação de visitas, não há justificativa para a suspensão do poder familiar do agravado, devendo permanecer as visitas estipuladas junto ao Núcleo de Atendimento à Família do Foro Central – NAF, para evitar maiores danos à infante, conforme recomendado pelo Dr. Hélio Carpim Corrêa (fls. 111-112): A presença do pai no encontro com a menor deve fazer parte de um processo terapêutico, mais que uma possibilidade jurídica, pois não se reestrutura uma relação deficitária por decisão judicial, ou imposição de força física ou poder financeiro, mas sim com um profundo trabalho terapêutico experiente e continente para as angústias e distorções de ambos os subsistemas (Vanessa e o réu). Nesse momento, uma proibição das visitas para o réu em relação a sua filha aumentaria ainda mais a distância entre eles. Aliás, fica aqui a advertência à genitora para que não mais crie empecilhos à visitação, sob pena de se fazerem necessárias medidas outras para assegurar o indispensável convívio entre o genitor e a filha. Ao depois, é de ser acolhido o parecer pericial que indica que a mãe e filha sejam encaminhadas a tratamento terapêutico. Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso²²⁵.

²²⁵TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70015224140, 7ª Câmara Cível, Comarca de Porto Alegre, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias.

Trata-se de típico caso em que há denúncia de prática de abuso sexual na filha do casal por um dos genitores em relação ao outro. O caso em tela mostra a importância mais uma vez das equipe técnica, posto que as provas carreadas pelas próprias partes a priori podem trazer impressões unilaterais da situação e não retratar a veracidade dos fatos. E mais. A depender da medida que o magistrado venha a adotar corre-se o risco de prejudicar ainda mais as vítimas, fazendo com que o agente alienador atinja seu objetivo e afaste filhos de genitores, só que neste caso seria com o aval da Justiça, o que não se pode aceitar.

O recurso de apelação de n.º 70017390972, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo tido como Relator o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÓS MATERNOS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL DESENCADEADA PELOS AVÓS. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI. 1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para propiciar à filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas aos avós, a ser postulada em processo próprio. Negaram provimento. Unânime²²⁶.

O referido julgado traz a baila a questão já abordada neste estudo a respeito da possibilidade de prática de alienação parental por outras pessoas que não apenas os genitores. No caso em tela, conclui-se que as práticas alienadoras advinham dos avós paternos contra a criança (neta) e contra o genitor, vez que a filha dos mesmos e genitora da criança havia falecido. E mais. Evidencia-se a possibilidade de aplicar as medidas previstas na lei específica para outros familiares além do pai e mãe.

O recurso de agravo de instrumento de nº 70028169118, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, oriundo da Comarca de Novo Hamburgo, que teve como Relator o Desembargador André Luiz Planella Villarinho, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Ação de alteração de guarda de menor. Decisão que restabeleceu as visitas paternas com base em laudo psicológico favorável ao pai. Prevalência dos interesses do menor. Ação de alteração de guarda de menor em que as visitas restaram restabelecidas, considerando os termos do laudo psicológico, por perita nomeada pelo Juízo, que realizou estudo nas partes envolvidas. Diagnóstico psicológico constatando indícios de alienação parental no menor, em face da conduta materna. Contatos paterno filiais

²²⁶TJRS, Apelação Cível n.º 70017390972, Relator Desembargador Luis Felipe Brasil Santos. Julgado em 13/06/2007.

que devem ser estimulados no intuito de preservar a higidez física e mental da criança. Princípio da prevalência do melhor interesse do menor, que deve sobrepujar o dos pais. Negaram provimento ao agravo de instrumento por unanimidade”.²²⁷

Este é mais um caso que demonstra a importância da equipe técnica multidisciplinar na análise do caso submetido a Juízo em que presente práticas alienadoras que se não fossem obstaculizadas trariam prejuízos ainda maiores ao filho. Foi com o respaldo de profissionais na análise do comportamento humano que o magistrado do caso teve condições de decidir pelo reestabelecimento das visitas paternas em relação ao filho.

No recurso de apelação de n.º 990102174417SP, julgado pela 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Natan Zelinschi de Arruda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Regulamentação de visitas. Genitor apto ao exercício de direito. Criança com mais de oito anos. Pernoite está em condições de prevalecer. Oportunidade para que pai e filho, em ambiente descontraído, possam ampliar a afetividade. Prevalência do interesse do menor. Obstáculo apresentado pelo genitor é prejudicial à criança. Individualismo da mãe deve ser afastado de plano. Procedimento da apelante caracteriza alienação parental. Recorrente já propusera ação de destituição de pátrio poder em favor do recorrido, porém, sem sucesso. Beligerância entre as partes não pode afetar o relacionamento com o filho. Apelo desprovido²²⁸

O julgado em comento deve ser ressaltado vez que a questão da alienação parental foi trazida em sede de ação de regulamentação de visitas em que o pai buscava alargar o período de convivência com a criança, em especial pernoitar com a mesma. Mas o caso apresenta também comportamento alienador por parte do genitor. Em verdade o que se vê neste caso é a transferência das dificuldades e traumas oriundos da relação homem e mulher entre esposos ou companheiros para a relação pais e filhos, comportamento este apesar de prejudicial muito comum nos casais que tiveram filhos e se separaram.

O recurso de apelação de n.º 679693SC 2010.067969-3 julgado pela 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com Relator Desembargador Dr. Marcus Tulio Sartorato, seguiu com a ementa abaixo transcrita:

Direito de Família. Ação de Guarda ajuizada pelo genitor em face da avó materna. Suspeita de abuso sexual por parte do pai. Solicitação de realização de entrevista conjunta (com a presença do genitor) pela psicóloga forense. Deferimento. Pretendida a não realização do procedimento sob o argumento de implicar em grave ofensa moral ao menor. Insustentabilidade. Imprescindibilidade de avaliação do

²²⁷TJRS, Agravo de instrumento nº 70028169118, 7ª Câmara Cível, Comarca de Novo Hamburgo, Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgado em 11/03/2009.

²²⁸TJSP, Apelação Cível nº 990102174417SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Natan Zelinschi de Arruda. Julgado em 11/11/2010.

comportamento do pai diante da criança, bem como de eventual manipulação de conteúdo verbal trazido pela criança na presença do pai. Fortes indícios de alienação parental por parte do grupo familiar materno detectado pela profissional. Necessidade de não obstaculizar a análise psicológica. Interlocutório mantido. Recurso desprovido²²⁹.

O julgado em tela retrata outro caso de alegação de abuso sexual supostamente praticado pelo genitor contra o filho, sendo que tal alegação fora trazida pela avó materna. Aqui novamente a necessidade do magistrado conduzir o caso, o processo com a maior diligência possível, com o amparo indispensável da equipe multidisciplinar, a fim de evitar causar maiores prejuízos às vítimas, em especial, proteger a criança envolvida e garantir a proteção de seus interesses. Chama a atenção neste caso o fato de alienação parental haver sido perpetrada não apenas pela avó materna, mas pelo grupo familiar materno, que certamente envolve outros familiares relacionados à genitora.

O recurso de apelação de n.º 6445434900 (994.09.346195-5), julgado pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como Relator o Desembargador Caetano Lagrasta, seguiu com a decisão abaixo transcrita:

Alimentos. Majoração para atender aos cuidados básicos da criação das filhas menores. Advertência quanto à progressiva instalação da Síndrome da Alienação Parental. Inclusive com a separação dos irmãos. Sentença reformada. Recurso provido. Trata-se de ação de separação judicial litigiosa movida por S.M.R. em face de I.M.R.. A R. sentença de fls. 49/51, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para decretar a separação do casal, atribuir a guarda da filha menor F. ao genitor e das outras menores E. e P. à genitora, para quem o réu deverá pagar pensão alimentícia no importe de meio salário mínimo e partilhar os bens em 50% para cada parte. Irresignada, apela a autora, pela majoração da verba alimentar para o equivalente a um salário mínimo. Recurso tempestivo, isento de preparo e não respondido. Manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 68/70), pelo provimento. É o relatório. [...] A questão dirigida à separação judicial, envolvendo além dos ex-cônjuges o futuro de três crianças, que acabaram por separadas e privadas da convivência, mereceria, por parte do pai, a atenção de contestar, representando o seu silêncio a confissão do pedido, ainda que mitigado em razão de se tratar de questão de Família [...] quando demonstrada a atitude nada exemplar do varão, intolerante com o novo relacionamento da mulher. Da prova produzida nos autos é possível se extrair a progressiva instalação do comportamento alienador da chamada SAP (Síndrome da Alienação Parental), que tem raízes nos sentimentos de orgulho ferido, desejo de vingança, além do sentimento de onipotência do alienador. Sobre o tema, confira-se: a Síndrome da Alienação Parental é o conjunto de sintomas diagnosticados, e que pode ser estendido a qualquer pessoa alienada ao convívio da criança ou do adolescente. Estes também submetidos à tortura, mental ou física, que os impeçam de amar ou mesmo de demonstrar esse sentimento, portanto, estruturando a síndrome, como aliados do alienador

²²⁹TJSC, Apelação Cível n.º 679693SC 2010.067969-3, 3ª Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Julgado em 22/03/2011.

contra o alienado. Assim a sintomatologia que se admite ao diagnóstico da síndrome pode se referir à criança, ao adolescente ou a qualquer dos outros protagonistas, parentes ou não do genitor, avós, guardadores, tutores, todos igualmente alienados pela conduta do alienador. Não se crê possa surgir quando aplicado o sistema da guarda compartilhada, salvo se produto de atitude falsa ou desequilibrada do genitor ou responsável pela guarda no decorrer de sua aplicação, uma vez que compartilhar não quer dizer apenas dividir direitos e deveres, mas, conscientemente, participar da vida da criança. Inexistindo consenso entre os genitores, é possível implantar-se o sistema por determinação da autoridade judicial; em qualquer caso, a interferência do magistrado deverá impedir a instalação ou o agravamento de uma alienação parental ou da respectiva síndrome. Esse afastamento, nos estágios médio ou grave, acaba por praticamente obrigar a criança a participar da patologia do alienador, convencida da maldade ou da incapacidade do alienado, acabando impedida de expressar quaisquer sentimentos, pois, caso o faça, poderá descontentar o alienador, tornando-se vítima de total abandono, por este e por todos os responsáveis ou parentes alienados. Por outro lado há que se cogitar de moléstia mental ou comportamental do alienador, quando busca exercer controle absoluto sobre a vida e desenvolvimento da criança e do adolescente, com interferência no equilíbrio emocional de todos os envolvidos, desestruturando o núcleo familiar, com inúmeros reflexos de ordem espiritual e material. A doença do agente alienador volta-se contra qualquer das pessoas que possam contestar sua “autoridade”, mantendo-os num estado de horror e submissão, por meio de crescente animosidade. Essa desestruturação transforma-se em ingrediente de batalha judiciária, que poderá perdurar por anos, até que qualquer dos seres alienados prescindir de uma decisão judicial, seja por ter atingido a idade madura, seja ante o estágio crônico da doença. De qualquer modo, o alienador acaba por criar um ou mais correspondentes alienados (genitor e progenitor podem se ver alienados ao estabelecer novo relacionamento, com a rejeição inicial ao companheiro), impondo-lhes deformação permanente de conduta psíquica, igualmente próxima à doença mental. GARDNER [...] afirmação de elementos de diagnóstico, que entendam como síndrome a alienação parental, para que seja esta incluída no manual DMS, buscando melhorar o atendimento estatal ou dos planos de saúde, bem como formas de tratamento e internação [...] PODEVYN, por sua vez, define alienação de forma objetiva: programar uma criança para que odeie um de seus genitores, enfatizando que, depois de instalada, poderá contar com a colaboração desta na desmoralização do genitor (ou de qualquer outro parente ou interessado em seu desenvolvimento) alienado (“Alienação parental e Reflexos na Guarda Compartilhada”, palestra proferida pelo Relator em 16/06/2009 na Escola Superior de Advocacia da Ordem de Advogados do Brasil – São Paulo). Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos ora mencionados²³⁰.

O caso acima transcrito traz verdadeira aula a respeito da síndrome da alienação parental. O Desembargador Relator Caetano Lagrasta brinda os leitores com informações importantíssimas a respeito do tema.

²³⁰ TJSP, Apelação n.º 6445434900, 994.09.346195-5, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Caetano Lagrasta.

Trata-se de ação originária de separação judicial litigiosa em que houve a fixação da guarda dos filhos de forma unilateral e dividida, ou seja, alguns dos filhos tiveram a guarda fixada em favor da genitora e outro a teve fixada em favor do genitor. O pleito do recurso interposto foi a majoração da obrigação alimentícia fixada para o genitor pagar aos filhos que ficaram sob a guarda materna, contudo da análise detida do caso pelo Julgador foi possível evidenciar que o problema era outro, estava relacionado à instalação progressiva da síndrome da alienação parental.

No corpo da decisão o Julgador faz grande exposição sobre o tema, apresenta o entendimento de que a fixação da guarda compartilhada pode ser medida de prevenção à síndrome, vez que possibilita o maior contato entre genitores e filhos, menciona os estágios da alienação parental, a possibilidade do alienador ser pessoa portadora de patologia, mas principalmente, afirma que, em não havendo consenso entre os genitores, faz-se necessária a interferência judicial para impedir a instalação ou agravamento da alienação parental ou da síndrome.

O objetivo deste tópico foi ilustrar através de casos judicializados o conteúdo trazido a respeito da alienação parental e da síndrome da alienação parental, alguns anteriores, outros posteriores ao advento da lei da alienação parental e, desta forma evidenciar quão díspare é a atuação do Poder Judiciário brasileiro no tocante à demandas que envolvem o tema em estudo.

Acredita-se ter evidenciado que, mesmo antes da existência de legislação específica, o Poder Judiciário já reconhecia tal comportamento danoso na relação de pais e filhos e entendia a necessidade de impor medidas para evita-lo ou coibí-lo. Mas sem dúvida alguma, é com o advento da lei que o tema da alienação parental passa a ser tratado com maior vontade, vigor e seriedade pelos tribunais brasileiros, que inclusive passam a compreender a importância do trabalho multidisciplinar para extrair do caso submetido a Juízo suas verdades, compreender o comportamento humano e, principalmente, possibilitar que as decisões judiciais sejam tomadas com base em laudos técnicos, pareceres e oitivas especializadas, evitando-se, assim, equívocos e, conseqüentemente, a revitimização dos filhos e pessoas envolvidas.

2.17 Relato de casos

No sentido de compreender como a alienação parental ocorre na prática e, em especial, de entender como deve ser a atuação dos profissionais envolvidos em sua prevenção, identificação e cessação, alguns casos concretos são trazidos neste estudo. Vejamos.

Denise Duarte²³¹, profissional que faz parte da equipe do serviço social do Poder Judiciário do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, traz relato de caso concreto envolvendo a alienação parental. Vejamos o caso de “Lucila” por ela relatado:

Lucila tinha pouco mais de quatro anos quando sua mãe ingressou com ação de suspensão do direito de visitas do pai em relação à filha. O processo continha atestados em que os médicos afirmavam que, no dia seguinte ao retorno da casa paterna, a menina estava com os genitais irritados, indicando a possibilidade de abuso sexual. A mãe, autora da ação, não acusava o pai de abuso, mas a companheira deste, que teria “raspado a pomada de assadura com uma colher” (sic), ato esse praticado de forma e com intenções libidinosas.

A mãe falava com muito rancor da atual companheira do pai, e afirmava que “nunca” havia confiado nela, tanto que já havia pedido ao pai para que evitasse que a companheira atendesse a menina.

O pai estava muito mobilizado, mas se mostrou bastante disponível na avaliação, referindo confiança total na companheira, e relatando que realmente delegava os cuidados de higiene da filha para esta, pois achava que, como a filha estava crescendo, “tinha que ser cuidada por uma mulher” (sic).

Nem o pai, nem a mãe, referiam descontentamento da menina com as visitas à casa paterna, e a creche não observara nenhuma mudança de comportamento na criança após o suposto abuso.

A companheira do pai foi entrevistada e relatou que no final de semana do suposto abuso Lucila já havia chegado assada, e ela seguiu o tratamento indicado pela mãe.

Lucila foi entrevistada a sós por nós, numa sala com brinquedos. Ela aceitou entrar sozinha, aparentava tranquilidade e espontaneidade e, se comunicava muito bem oralmente.

A entrevista centrou-se em suas atividades cotidianas, em casa e na creche, sendo aos poucos introduzido o tema de suas visitas à casa paterna (que estavam suspensas).

Lucila fez uma série de referências agradáveis sobre o pai, a companheira deste, e as atividades que faziam juntos, até que, depois de algum tempo, disse que precisava nos contar (sic) porque não podia mais ir à casa do pai. A criança fez o mesmo relato da mãe sobre a colher, com palavras bem parecidas.

²³¹Denise Duarte - Assistente social (PUCCamp/1982); mestre (UFRGS/1995) e doutora (UFRGS/2006) em Sociologia. Faz parte da equipe do Serviço Social Judiciário do Foro Central da Comarca de Porto Alegre e é membro da Diretoria para o Rio Grande do Sul do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Ao final, lhe perguntamos se havia sentido dor, e ela respondeu negativamente.

Perguntamos se a colher era grande, e a resposta foi imediata: “Quando eu cheguei em casa, a minha mãe me contou como aconteceu”.

Ao final da entrevista perguntamos se queria nos dizer algo, disse que não, que já havia dito tudo o que a mãe combinou com ela que deveria ser dito. Finalizamos o laudo sem ter a certeza quanto à veracidade ou não da alegação da mãe, mas pontuando a necessidade de uma avaliação e intervenção imeditas.

Alguns meses depois, a profissional com que Lucila foi fazer atendimento nos telefonou e contou que a alegação era falsa, e, além da filha, a mãe também iniciou atendimento, estando restabelecido contato entre pai e filha.

Tratava-se de um caso de falsa memória, mas que, se não fosse devidamente esclarecido, poderia ter como consequência o completo afastamento do pai.

O encaminhamento não foi imediato, mas foi feito.

Atentar para a necessidade de verificar de todas as formas se uma alegação de abuso é ou não real, não descartando de antemão qualquer possibilidade, pode ser a primeira medida de proteção a ser tomada²³².

No caso em tela a assistente social Denise Duarte Bruno traz de forma bastante evidente a importância do trabalho da equipe multidisciplinar para a avaliação das demandas levadas à Juízo. Caso como este de implantação de falsa memória e tentativa efetiva de afastamento do genitor não guardião em relação à filha por suposta prática de abuso sexual pela companheira do genitor, demonstra a necessidade da intervenção cuidadosa dos profissionais envolvidos. Importante ressaltar que nenhum relato de abuso deve ser negligenciado, mas sim avaliado minuciosamente; que as falsas memórias, mesmo que falsas, precisam ser bem avaliadas pela equipe técnica e, principalmente, as avaliações e o parecer a ser produzido, devem ser detalhados mas objetivos, permitindo que é o magistrado dê encaminhamento adequado e rápido à demanda, de modo a minimizar os prejuízos sentidos pelas vítimas das práticas alienadoras.

Um segundo caso, este extraído do site Associação de Pais e Mães Separadas – APASE, trata da história de “Iago”. Vejamos:

Ao telefone, o pequeno Iago, de 3 anos, xinga. Do outro lado da linha, o pai, estupefato, tenta entender o que leva um garotinho tão novo a agir assim. Na verdade, o menino é vítima de um problema que somente há poucos anos foi identificado: a Síndrome da Alienação Parental ou SAP. O termo é pouco conhecido. Mas seus efeitos devastadores fazem parte da rotina de milhões de pais que, com o fim do casamento, são afastados emocionalmente de seus filhos pelo detentor da guarda das crianças, a mãe em 94% dos casos.

²³²BRUNO, Denise Duarte. Abrindo os olhos para verdadeiros relatos e falsas memórias. In: **Incesto e Alienação Parental - Realidades que a justiça insite em não ver**. DIAS, Maria Berenice (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65-67.

O caso da mãe de Iago é típico. O menino só poderia visitar o pedagogo H.L. de 27 anos, caso a noiva do pai não estivesse presente. Não bastassem as exigências, a mãe dizia ao filho repetidamente: “A tia Lu (noiva de H.L.) é má, ela é muito ruim para você.

A primeira sensação dos pais que sofrem com a alienação parental é de desespero e total impotência. Isso acontece, em primeiro lugar, por desconhecimento da síndrome. Apenas quando soube da existência da SAP, H.L., conseguiu recuperar parte da tranquilidade e perceber que ele não poderia mais se submeter à situação forçada pela mãe de Iago.

Entrou na Justiça para regulamentar as visitas ao filho. Há um mês, sente-se aliviado por ao menos conseguir ver o menino com alguma frequência. O pedagogo tenta aos poucos reverter a campanha negativa contra a ex-namorada a seu favor e reforçar laços afetivos com a criança. Mas o noivado do rapaz não resistiu à pressão: “Luto agora para reatar com a pessoa que amo”, conta²³³.

O próximo caso refere-se a um paciente atendido pela psicóloga Maria Helena Alcântara Lisboa. Vejamos:

Em meados de 2002, chegou ao meu consultório um senhor com uns 45 anos, que vinha indicado por um advogado que eu mesmo não conhecia.

Então nos apresentamos e perguntei a ele qual o motivo de sua consulta. Foi quando me respondeu que precisava de orientação para lidar com a difícil situação que vinha atravessando por não poder ser pai de sua única filha.

Explique melhor, não poder ser pai? Pois para mim se você tem uma filha é porque já o é.

Foi então que começou a relatar que, logo após o nascimento de sua filha, sua esposa não deixava que ele tivesse um acesso direto à filha, só a mãe é que sabia e podia cuidar dela. Bem a situação foi se agravando e a separação foi inevitável. Foi aí que tudo piorou, pois se morando junto já era difícil ficar com a filha, quanto mais afastado.

Nessa mesma época meu cliente ficou envolvido com a doença de seu pai que veio a falecer e, por essa razão, não tinha muita disponibilidade para ver a filha diariamente. Com isso, a mãe afastava cada vez mais essa aproximação paterna. Investiguei durante esse ano como era a sua relação com o pai.

Ele me relatou que a sua ex-sogra e suas duas filhas foram abandonadas por esse pai que nunca mais conviveu com as mesmas.

Ficou claro para mim que essa mãe não tinha nenhuma referência de boa da figura paterna e com isso faltava nela a identificação de quanto um pai é necessário para o desenvolvimento e crescimento de um filho. Penso ser essa a razão pela qual sua esposa vinha punindo não só o pai de sua filha, mas também o seu próprio pai e tendo como referência a mãe ou a figura maternal como única, se apossando assim de sua filha e privando o pai de poder acompanhar e principalmente criar os vínculos afetivos de pai e filho, fazendo com que se caracterize alienação parental.

Neste caso em particular eu citei a relação anterior da mãe com seu pai, porque o amor infantil segue o princípio de que “amo porque sou amado”. Logo essa mãe que não recebeu esse amor do pai, não reconhece a figura paterna, sendo assim, se estabelece a alienação parental, não sendo apenas

²³³Correio Brasiliense – Brasília – DF – 28 de dezembro de 2003. In: **Site da Associação de Pais e Mães Separados**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 22 maio 2012.

suficientemente boa, não conseguiu fazer a transferência do amor de sua filha para o seu pai. Pois o amor é o sangue da vida, o poder da reunião do que está separado²³⁴.

O próximo caso é relatado por Denise Maria Perissini da Silva. O pai assume a homossexualidade após a separação do casal e a mãe proíbe a criança de vê-lo, além de ingressar com ação judicial de destituição de poder familiar contra o genitor. Vejamos:

F.S.G.T. separou-se da esposa e assumiu sua homossexualidade, convivendo com seu companheiro.

Em uma das visitas regulamentadas pelo juiz, o filho de F. apresenta um relato à coordenadora pedagógica da escola, sobre um atentado ao pudor de conteúdo homossexual, envolvendo o pai e outros amigos, no quarto do hotel onde o pai estava hospedado para visitar o filho.

As demais pessoas mencionadas comprovaram que não estavam presentes ao local, na visita que a criança relata. Portanto, jamais poderiam ter participado do tal “evento”.

Mesmo assim, a mãe do menino impediu o pai de ter qualquer contato com a criança durante a ação de Destituição do Poder Familiar, e proibiu também os avós paternos de visitar o neto, alegando que os avós não têm paciência com a criança, e poderiam permitir que o filho (pai do menino) visitasse o garoto, o que, judicialmente, ainda era proibido.

Os avós paternos entraram com ação de regulamentação de visitas, houve estudo psicológico, e a perita concluiu que a mãe tem problemas psicológicos sérios, que poderiam ser transmitidos à criança se ela continuasse isolando o menino do contato com os familiares e concluiu pela importância das visitas dos avós paternos ao neto.

A mãe do menino entrou com uma denúncia ética no CRP (Conselho Regional de Psicologia) contra a psicóloga perita, alegando que não foi imparcial. A denúncia, contudo, não foi arquivada.

Mesmo assim, a perita não se sentiu à vontade para exercer a perícia no processo de F., pediu afastamento, e o juiz aceitou, dizendo que vai nomear outra perita. Enquanto isso, em nova audiência dos avós paternos, uma testemunha afirmou que o garoto, agora com 15 anos de idade, está residindo no Japão com a mãe e o padrasto, sem o consentimento ou autorização do pai. Ou a mãe falsificou a assinatura do pai para obter a Autorização de Viagem de Menor, ou alegou no Consulado que o pai não tem mais autoridade parental, e, portanto, não deveria participar da autorização.

O pai está buscando informações acerca da partida e da localização do filho, para invocar legalmente a Convenção de Haia para Sequestro Internacional de Crianças, e outras medidas judiciais e legais cabíveis²³⁵.

²³⁴LISBOA, Maria Helena Alcântara. In: **Site MHR Psicólogos Associados**. Disponível em: <<http://www.mhrpsicologos.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2012.

²³⁵SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

3. RELAÇÕES FAMILIARES

3.1 Poder Familiar

O conceito de poder familiar, sua denominação e suas vertentes pressupõem uma breve explicação sobre a evolução da família brasileira, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Pode-se entender a família como um complexo de relações afetivas e patrimoniais, que tem algumas de suas ramificações e institutos regulados por normas jurídicas, as quais estão contidas no direito de família, e tem em sua vertente do direito assistencial ou de proteção o foco voltado especialmente à proteção dos filhos.

A família é um sistema, cujos membros, comumente pai, mãe e filhos, estão ligados por uma relação de interdependência, já que as atitudes de um têm reação sobre os outros, como ocorre quando há a separação ou o divórcio dos pais e seu reflexo sobre a vida dos filhos²³⁶.

Historicamente, desde a colonização brasileira até meados do século XX, o lar era provido pelo homem, e a família tinha como fundamentações primordiais a manutenção econômica, a reprodução, a política e a religião.

Até então, o conceito de família esteve ligado a laços de sangue e afinidade, já que tradicionalmente a família girava em torno do casamento e dos filhos advindos dessa união²³⁷, sendo o pai o “chefe da família” e, portanto, o único provedor da manutenção do lar familiar; daí resultava a visão patriarcal do conceito de pátrio poder.

A mulher casada tinha poderes restritos dentro da família, do casamento e perante a sociedade; ela os exercia subsidiariamente, ou seja, apenas quando seu cônjuge estava impossibilitado de fazê-lo ou com o consentimento deste.

A família era instituto regido pela hierarquia de poderes, cujas decisões mais relevantes eram controladas pelo marido, sendo que à mulher cabia apenas acompanhá-lo

²³⁶SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma Nova Epistemologia**. In: GROENINGA, Giselle Câmara, e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 136 – 138.

²³⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2007, p. 19.

em suas ordens.²³⁸ O papel da mãe era de colaboradora no exercício das funções do pátrio poder atribuídas ao pai, o qual controlava e representava a família.

Ao longo dos anos os papéis da mulher dentro da sociedade e, como reflexo dentro do lar, se alteraram. Isso ocorreu devido à necessidade de auxílio na manutenção financeira da casa e também à vontade da mulher de ingressar no mercado de trabalho e de conquistar sua liberdade, especialmente a financeira. Consequentemente as figuras do pai e do marido também foram alteradas.

Com a saída da mulher para o mercado de trabalho, o homem passou a permanecer mais tempo dentro de sua casa com os filhos e veio, assim, a exercer de forma mais plena seus direitos relativos à prole, ou seja, pôde dedicar menos esforços ao trabalho e mais afeto à família. Ou seja, os papéis de pai e mãe que antes eram bem delineados, pois a mãe era responsável pelo cuidado dos filhos, enquanto o pai era responsável por trabalhar e prover o lar passaram a se misturar e geraram uma profunda mudança no seio da família.

Raquel Pacheco Ribeiro de Souza afirma que

Após os influxos libertários da revolução sexual e do reconhecimento da força de trabalho da mulher, a família ganhou novas feições. Na rejuvenescida família da era contemporânea, as mulheres têm atividade profissional intensa e os homens participam mais do cotidiano doméstico. Assim, pode-se dizer que as mulheres foram lançadas no espaço público, enquanto os homens foram trazidos para o espaço privado²³⁹.

Conforme já mencionado neste estudo a Constituição Federal de 1988 trouxe nova conceituação para o instituto da família, já que além do matrimônio, reconheceu no parágrafo 3º do artigo 226²⁴⁰ a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, e no parágrafo 4º do mesmo artigo²⁴¹ definiu a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes também como família. Além disso, trouxe a equiparação do homem e da mulher para exercício dos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, no parágrafo 5º do mesmo artigo 226²⁴².

²³⁸ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pág. 28-29.

²³⁹ SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. Poder Familiar Compartilhado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9516/poder-familiar-compartilhado>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

²⁴⁰ CF - Artigo 227 - § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁴¹ CF - Artigo 227 - § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

²⁴² CF - Artigo 226 - § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Quanto aos filhos, a Constituição Federal também trouxe a equiparação, no parágrafo 6º do artigo 227²⁴³. A Carta Magna garante os mesmos direitos a todos os filhos, advindos ou não do casamento, e veda qualquer tipo de discriminação entre eles.

Anteriormente, o então denominado pátrio poder somente recaía sobre os filhos naturais, os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, ou seja, aqueles que podiam ser reconhecidos. Ficavam excluídos da autoridade paterna os incestuosos, os adulterinos e os espúrios que, quando possível, ficavam sob o poder materno²⁴⁴.

O objetivo da Constituição Federal de 1988, ao instituir tais transformações foi garantir a igualdade e a dignidade da pessoa humana, que são direitos fundamentais constitucionalmente garantidos a todos os seres humanos.

O Código Civil trouxe nova denominação para o termo pátrio poder, passando a denominá-lo de poder familiar com o objetivo de traduzir as mutações ocorridas ao longo do tempo, pois embora ambos os institutos tenham origem comum e o termo atual se origine do antigo, a denominação antiga não cabia ao que o novo instituto se propunha, especialmente no que tange à isonomia de seu exercício tanto pelo pai quanto pela mãe.

Embora o fim possa ser o mesmo, o de proteger os filhos, os valores que envolvem o poder familiar são diversos daqueles que envolviam o pátrio poder. Como exemplo, temos que, diferentemente do pátrio poder, o poder familiar é balizado pelos interesses da criança, pela igualdade entre os filhos e por seu exercício de forma igualitária entre pai e mãe²⁴⁵.

3.1.1 Breve evolução brasileira

O Brasil e a doutrina em geral herdaram o conceito de pátrio poder do direito romano. Na Roma Antiga, o *pater potestas*, vértice da família patriarcal, era o direito

²⁴³ CF - Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁴⁴ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 29-30.

²⁴⁵ Ibidem, p. 54-55.

onipotente e quase ilimitado que o *pater familias* exercia sobre todos os segmentos da vida de seus filhos e agregados, desde prerrogativas que envolviam o direito de punir, expor e vender até decisões sobre a vida e a morte deles²⁴⁶.

O pátrio poder, mais do que um poder-dever ou uma função, remetia à noção de um direito de titularidade exclusiva do pai que o exercia diretamente sobre a pessoa dos filhos de forma bastante ampla.

No regime romano, em alguns casos, o *pater familias*, que só podia ser exercido pelo varão, tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo (*ius vendendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*), o de entregá-lo à vítima do dano causado por seu dependente (*ius noxae deditio*) e o de transferir o domínio sobre o filho para outra pessoa (*in causa Mancipi*). Esses poderes bastante amplos foram afetados com a Lei das XII Tábuas, especialmente a IV. Vejamos: “Se o pai vendeu o filho três vezes, esse filho não recaía mais sob o poder paterno, dando-se a emancipação”²⁴⁷.

Com base no pátrio poder, cabia ao pai, e não aos pais, decidir que bens deveriam ser atribuídos a cada um de seus filhos, que educação, que profissão ter ou com quem iriam se casar. O cúmulo era que o manto da *patria potestas* permitia a tomada de decisões acerca da vida e da morte dos descendentes.

San Tiago Dantas esclarece que “a *patria potestas* era uma *auctoritas*, tal qual a que tinha o proprietário sobre a coisa de que era dono”²⁴⁸.

Carlos Alberto Bittar Filho comenta em seu livro que

[...] na Idade Média ocorreu um conflito entre os sistemas organizadores da família, a propósito do alcance e da extensão do pátrio poder, prevalecendo nos países de direito escrito a orientação romana, na forma da legislação justinianeia e nos de direito costumeiro, a orientação germânica, inspirada mais no interesse do filho do que no pai²⁴⁹.

A orientação romana consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía poder perpétuo sobre seus descendentes. O *munt* germânico concebia o poder familiar como um direito e um dever dos pais orientados à proteção dos filhos, sendo esse os primórdios da doutrina da proteção integral trazida expressamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁴⁶RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 6. Direito de Família. Atualizado por Francisco José Cahali. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. pág. 353-354.

²⁴⁷Texto conforme fragmento reconstituído por J. Godofrey. In: MEIRA, S.A.B. **A lei das XII tábuas**, p.169.

²⁴⁸SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direito de família e das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.308.

²⁴⁹BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.676, 1992, p. 79-84.

O sistema romano do poder familiar, como apresentado por Justiniano, encontrou apoio nas Ordenações do Reino e assim foi trazido para o Brasil pela lei de 20 de outubro de 1923.

O Código Civil de 1916, que vigorou até 2002, acompanhou o trazido pela legislação portuguesa, passando por transformações que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre filhos e pais.

As legislações posteriores logo observaram as mencionadas transformações, confiando inclusive ao homem e à mulher a responsabilidade parental sobre os filhos menores e, principalmente, no interesse desses, entre elas: o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e por fim o Código Civil de 2002.

Até a Constituição Federal de 1988, vigorou a definição inerente ao denominado pátrio poder, que já trazia em sua etimologia características paternalistas. Estava nele embutido o conceito de que os direitos e deveres inerentes aos filhos cabiam apenas ao pai, mais especificadamente ao marido, ficando a mulher com uma responsabilidade residual, conforme previam o Código Civil de 1916 e depois o Estatuto da Mulher Casada.

Com o advento da Constituição de 1988, a mulher foi equiparada ao homem para questões relativas ao casamento, daí o surgimento do termo poder familiar, que visa a expressar o direito igual do pai e da mãe sobre a pessoa do filho, podendo este ser fruto ou não da relação matrimonial.

Embora a denominação poder familiar tenha surgido para garantir a igualdade entre pai e mãe no exercício dos direitos relativos aos filhos menores, não traduz conceito trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8.069 de 1990. Ou seja, a expressão não respeita a Teoria da Proteção Integral, já que ainda carrega em si a palavra poder, o que muitos doutrinadores afirmam ser incorreto, pois o instituto do poder família não é simplesmente um poder, mas sim um poder-dever.

A Teoria da Proteção Integral prevê que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e devem ter suas garantias e direitos fundamentais preservados em todas as suas vertentes, tendo em vista principalmente sua hipossuficiência em relação ao adulto e à sociedade, os quais têm como função protegê-la.

A natureza jurídica do instituto se alterou, se transformou de poder sobre a pessoa em formação para uma autoridade que visa à preservação dos interesses dos filhos e à convivência familiar.

A palavra familiar, utilizada na expressão poder familiar, também parece ser equivocada, já que não são todos os membros da família que exercem tal direito um sobre os outros, mas os pais que possuem autoridade sobre os filhos, a fim de lhes garantir o pleno desenvolvimento e bem-estar.

Assim, a maioria doutrinária entende que a melhor expressão para o conceito que hoje é utilizado para poder familiar seria autoridade parental²⁵⁰.

Há quem entenda o poder familiar como uma verdadeira *função* a ser exercida pelos pais em relação aos filhos, estejam eles inseridos em qualquer modelo de família. O jurista Fernando Campos Scaff é partidário dessa corrente que enxerga no poder familiar a natureza jurídica de uma verdadeira *função*, ou seja, de um poder vinculado a uma finalidade específica. Nesse sentido, esclarece Fábio Konder Comparato, “um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular”²⁵¹.

Cumprе mencionar que há ainda estudiosos que entendem o poder familiar como um efetivo poder limitado e com finalidades claras, determinadas e insubstituíveis, que pretende garantir que os filhos menores tenham adequada proteção e a educação necessárias para um bom desenvolvimento.

3.1.2 Conceito, nomenclatura e outros aspectos

O conceito de poder familiar evoluiu do velho e romano pátrio poder, por conta da reformulação de valores sociais inspirados no texto constitucional, passando também a ser denominado por doutrinadores como autoridade parental, poder parental ou ainda responsabilidade parental.

Hoje o poder familiar, exercido conjuntamente entre os genitores, decorre da relação paterno-filial e compreende um conjunto de obrigações positivadas dos pais relativamente aos filhos, ou seja, é o poder-dever dos pais de zelar pelos filhos menores de idade, proporcionando a eles os meios necessários para que possam se desenvolver.

Do artigo 3º do Estatuto da Criança e do adolescente é possível extrair que “poder familiar é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da

²⁵⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 377.

²⁵¹COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.9.

menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”.

Tal responsabilidade parental é permeada por outros institutos que o compõem, sendo eles o dever de guarda, o dever de assistência, o dever de educação e correção, o dever de representação, além dos deveres de vigilância e fiscalização.

O poder familiar é, em primeiro lugar, uma função dos pais, que devem garantir a aplicação de todos os direitos previstos legalmente para os filhos, por estes serem indivíduos em condição peculiar de desenvolvimento. Em outro plano, o poder familiar é um conjunto de direitos e meios outorgados aos pais para que possibilitem o exercício do instituto em favor do melhor interesse de seus filhos ²⁵²(grifos nossos).

Silvio Rodrigues entende que o poder familiar é um munus público, já que a lei, ou o Estado, impõe aos pais um dever de zelo pelos seus filhos, o que acaba por conferir caráter público ao instituto²⁵³ (grifos nossos). O Autor conceitua o poder familiar como:

[...] conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de *munus* público do poder familiar, e o torna irrenunciável²⁵⁴.

Para Paulo Lôbo, o poder familiar é um encargo, ou mesmo uma função, legalmente atribuído em razão da parentalidade e deve ser exercido em favor da defesa dos interesses dos filhos²⁵⁵ (grifos nossos).

Luiz Edson Fachin sugere a “expressão conciliadora e não discriminatória: poderes e deveres parentais, pois na sociedade familiar, com a estrutura e a composição atuais (família nuclear, de base igualitária), acentuam-se outros princípios, o da corresponsabilidade de direitos e deveres entre pais e filhos”²⁵⁶ (grifos nossos).

Baseado na Teoria da Proteção Integral introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder familiar traz uma série de deveres dos pais em relação aos filhos e acaba por restringir alguns dos direitos parentais, especialmente o de correção. Além disso,

²⁵² COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 66-67.

²⁵³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Vol. 6. Direito de Família**. Atualizado por Francisco José Cahali. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356.

²⁵⁴ Ibidem, p. 356.

²⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 144.

²⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 593.

os deveres dos filhos em relação aos pais estão restritos ao respeito e à prestação alimentar, quando os genitores necessitarem.

Embora os pais tenham mais deveres e menos direitos em relação aos filhos, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos, uma vez que a cada dever do pai corresponde um direito do filho e vice-versa²⁵⁷. O Código Civil, ao prever que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, causa a impressão de que somente os pais são os titulares ativos do instituto, sendo os filhos apenas titulares passivos, o que é uma conclusão errônea.

Como se vê, o poder familiar é claramente “filhocentrista”, ou seja, visa a preservar os direitos dos filhos e o dever dos pais, ao contrário do antigo pátrio-poder que, embora também fosse desproporcional em relação a direitos e deveres, diferenciava-se na medida em que era insuficiente para a proteção dos filhos. Daí a conclusão de que a criança passou de objeto de direito para sujeito de direitos²⁵⁸.

Para Waldyr Grisard Filho “(...) o poder familiar é instituto de proteção da minoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores”²⁵⁹.

Então, pode-se concluir que o poder familiar é instituto que visa a proteger a infância e o interesse dos filhos, e tem como uma de suas vertentes o poder-dever de guarda. Assim, no momento da solução dos conflitos relativos à guarda, o que se deve levar em consideração é a pessoa do filho, preservando-a de eventuais resquícios de mágoas decorrentes da desunião dos genitores²⁶⁰.

A convivência dos pais entre si e dos pais com os filhos não é requisito essencial para a titularidade e o exercício do poder familiar, que apenas é suspenso ou perdido por ordem judicial, pela morte dos pais ou dos filhos, ou ainda em virtude da maioridade dos filhos.

O poder familiar tem como características próprias: a **irrenunciabilidade**, na medida em que há um interesse de ordem pública envolvido na prestação de meios para o

²⁵⁷LÔBO, Paulo Luiz. Netto. Do Poder Familiar. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso: 10 maio 2012.

²⁵⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 377.

²⁵⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

²⁶⁰NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Guarda Compartilhada: Evolução do Conceito dentro do Novo Sistema Jurídico Brasileiro**. 2005. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 34.

desenvolvimento da criança; a **intransmissibilidade**, já que dele decorre a **parentalidade**, a qual também tem caráter personalíssimo; e a **imprescritibilidade**, pois o poder familiar não se extingue pelo seu não exercício ou eventual amenização do exercício por fatores alheios à vontade dos pais, por exemplo, pela atribuição de guarda em favor de apenas um dos genitores.

Assim, o que pode ocorrer é uma variação no grau de exercício do poder familiar. Na fixação da guarda unilateral dos filhos, caberá àquele que não detém a guarda o direito de visitas e de fiscalização dos cuidados dispensados pelo guardião. Esses poderes-deveres do não guardião também integram o poder familiar, o que fica restrito é seu direito de convivência diária²⁶¹.

A partir das restrições impostas pelo regime de guarda que envolve o direito de visitas e também da necessidade de ficar mais tempo com os filhos, mesmo após a separação, surgiram a guarda compartilhada e a coparentalidade. Esses novos termos e institutos vieram para esclarecer que a presença de ambos os pais é essencial para a formação dos filhos.

Quanto aos temas da suspensão, extinção e perda do poder familiar, são restrições excepcionais ao exercício desse *munus* público, sendo que o Estado somente interferirá na relação familiar, quando houver ameaça aos direitos de crianças e adolescentes.

Assim, o Código Civil estabelece um rol de situações em que haverá o afastamento dos filhos de seus pais. Tal distanciamento se dá por intermédio de sanções aplicadas aos pais, ou seja, pela suspensão, quando ainda houver possibilidade de recuperação dos laços familiares ou pela destituição do poder familiar, quando a medida tiver caráter definitivo.

Superadas as causas que ensejaram a suspensão do poder familiar, previstas no artigo 1637 do Código Civil, este poderá ser restabelecido em sua integralidade. A suspensão pode recair sobre uma das atribuições do poder familiar ou sobre sua totalidade, bem como sobre apenas um filho ou sobre toda a prole.

A extinção do poder familiar difere da perda, já que essa última é imposta por sentença judicial, enquanto a primeira se dá em decorrência da emancipação, maioridade ou morte. A perda do poder familiar é medida severa, que somente deve ser aplicada em benefício da criança e tem previsão no artigo 1638 do Código Civil.

²⁶¹LÔBO, Paulo Luiz. Netto. Do Poder Familiar. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 10 maio 2012.

Enquanto a extinção do poder familiar ocorre naturalmente, a suspensão e a perda dependem de processo judicial e decisão. Os legitimados ativos para tais requerimentos podem ser o outro genitor, o Ministério Público ou outro interessado.

3.2 Guarda e proteção dos filhos

3.2.1 Conceito e noções gerais

Informa De Plácido e Silva que “o vocábulo guarda é derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio o também inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, sendo empregado em sentido genérico para exprimir *proteção, observância, vigilância ou administração*, especificando que guarda de filhos “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*, nesse sentido, tanto significa *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”²⁶².

Rubens Limongi França conceitua o instituto no seguinte sentido “Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação”²⁶³.

Por sua vez, Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni, definem a guarda como “El derecho de tener consigo al menor; solo asi pueden orientar la formación y educación de los hijos em toda la plenitud de este concepto”²⁶⁴.

Conceituar guarda efetivamente é tarefa árdua, não podendo esta definir-se por si mesma, mas pelos elementos que a asseguram, devendo salientar que está conectada fortemente ao poder familiar, tem o aspecto da posse dos filhos, é um direito-dever natural

²⁶² DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v 1-2, p.365-366.

²⁶³ FILHO GRISARD, Waldyr. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.57.

²⁶⁴ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 534.

dos pais em relação aos filhos, abrange a convivência com a prole e é o pressuposto que viabiliza o exercício das funções parentais.

A guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar, conforme dispõe o inciso II do artigo 1.634 do Código Civil, e serve, prioritariamente, aos interesses e à proteção da criança e do adolescente, obrigando seu detentor a prestar assistência moral, material e educacional, conferindo ao menor a condição de dependente do(s) guardião(ões) para todos os fins, inclusive previdenciários, possibilitando ampla proteção.

No que se refere ao Código Civil, a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, zelo, proteção e custódia do filho, integrando o poder familiar. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente possui alcance diferente, pois nele a guarda inclui-se entre as modalidades de família substituta, ao lado da tutela e da adoção, pressupondo a perda do poder familiar dos pais, razão pela qual é atribuída a um terceiro.

A lei civil cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento nos artigos 1.611 e 1.612 do Código Civil, não dá nenhuma atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição Federal, nem para tudo o que o Estatuto da Criança e do Adolescente fala a respeito da tutela do melhor interesse de crianças e adolescentes. Por sua vez, ao tratar da proteção dos filhos, nos artigos 1.583 a 1.590 do diploma civil, define o legislador o que é guarda unilateral e compartilhada, revelando a preferência pelo compartilhamento.

A guarda dos filhos, em regra, é conjunta, apenas se individualizando quando ocorre o fim do relacionamento dos pais, seja por meio da separação de fato, do divórcio ou ainda da dissolução da união estável.

A definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia não fica exclusivamente na esfera familiar. Conforme prevê o parágrafo 5º do artigo 1.584 do diploma civil, a guarda pode ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família que tenha afinidade e afetividade com os menores,

Por sua vez, no tocante à visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais, conforme artigo 1.589 do CC, tema esse que será abordado mais adiante.

Quando da separação do casal, os genitores, em regra, estão em momento de absoluta fragilidade emocional, daí a aplicação da previsão contida no parágrafo 1º do artigo 1.583, qual seja, o juiz faz recomendação sobre as vantagens da guarda compartilhada. Não raro,

instala-se um estado de guerra entre os pais, refletindo-se este nos filhos do casal, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Em razão dessa situação recorrente é que se deve evitar a disputa pelos filhos e a excessiva regulamentação de visitas, com a previsão de datas e horários minuciosos.

O projeto de lei do Estatuto das Famílias, na parte que trata da guarda dos filhos e do direito de convivência, aconselha o juiz a optar pela guarda compartilhada, sempre que possível, assegurando sempre a convivência com ambos os pais.

Sempre que possível, a definição da guarda e da visitação fica a cargo dos pais, contudo, o que for acordado deverá ser homologado judicialmente, o que por sua vez só ocorre após a manifestação do Ministério Público. Não há dúvida de que os pais têm ou deveriam ter o melhor discernimento quanto às escolhas que afetaram os filhos, mas nem sempre é isso que ocorre.

A guarda pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se ele abusar de seu direito, quando este exceder manifestamente os limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé e pelos bons costumes. A guarda pode ser atribuída, desde o nascimento da criança, a outra pessoa, na hipótese, por exemplo, nos casos de abandono afetivo.

3.2.2 Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira

Da mesma forma que a definição do instituto da guarda, as questões a ela referidas também abrangem matérias de grande discussão no direito brasileiro.

O legislador brasileiro percorreu extenso caminho nesse tema, contudo, a prevalência do interesse do menor sempre esteve em evidência quando das discussões a respeito de sua guarda.

A primeira notícia que se tem a respeito do instituto da guarda estava contida na norma que disciplinou o destino dos filhos de pais que não mais conviviam, estabelecendo o Decreto n.º 181, de 1890, no artigo 90 que: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim, como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”.

No Código Civil de 1916, a matéria foi disciplinada no capítulo que cuidava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção dos filhos, que distinguiu, inclusive, as hipóteses de separação amigável e litigiosa, ressaltando que, na primeira situação, seria observado o acordo entre os cônjuges em relação à guarda dos menores (artigo 325) e, na segunda hipótese, seria levada em conta a culpa de um ou de ambos os cônjuges, pela dissolução da sociedade conjugal, pelo sexo e pela idade do menor (artigo 326).

Essa legislação previa também que, havendo motivos substanciais, ou seja, motivos graves, o magistrado consideraria, sempre, a prevalência do interesse do menor, decidindo de maneira mais conveniente para este, diferenciando, portanto, do estabelecido pelo antigo ordenamento jurídico.

Posteriormente, o Decreto-lei n.º 3.200/1941, ao disciplinar a guarda de filhos naturais, determinou em seu artigo 16, que o menor ficaria com o genitor reconhecente e, se ambos o fossem, ficaria sob o poder do pai, salvo se o juiz entendesse de forma diversa, levando em conta o interesse do menor.

Dispondo sobre a realização do desquite judicial, o Decreto-lei n.º 9.704/1946 assegurava aos pais o direito de visita aos filhos nos casos em que a guarda, oficializada a desunião, não fosse fixada a favor destes, mas a pessoa idônea da família do cônjuge inocente.

Por sua vez o Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4.121/62, passou a regular a guarda dos filhos, definindo que, nos casos de separação litigiosa: a) havendo cônjuge inocente, a este seria confiada a guarda; b) sendo ambos os cônjuges culpados, via de regra, os filhos permaneceriam sob a guarda materna, salvo entendimento contrário do juiz, tendo em vista a prevalência do interesse da prole; c) não devendo os filhos menores permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, o juiz poderia conferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos genitores, assegurando o direito de visitas.

O antigo Decreto-lei n.º 3.200/41 foi alterado em 1970, pela Lei n.º 5.582, que acrescentou parágrafos a seu artigo 16, passando a estabelecer que o filho natural, quando reconhecido por ambos os genitores, ficasse na companhia materna, salvo se tal solução representasse prejuízo ao menor. Previu também a possibilidade de colocação dos filhos menores sob a guarda de pessoa idônea, de preferência, da família de qualquer dos genitores, com a possibilidade de o juiz estabelecer situação diversa, conforme a prevalência do interesse da prole menor.

Tais dispositivos perduraram até o advento da Lei do Divórcio, Lei n.º 6.515/77, que ao instituir o divórcio no Brasil e regular casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, combinando o princípio do desfazimento por culpa, pelo artigo 5º, *caput*, com hipóteses de dissolução sem culpa, previstas nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 5º, revogou as disposições do Código Civil vigente, no entanto, em linhas gerais manteve o sistema anterior com adaptações.

A Lei do Divórcio que prevaleceu até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, regulamentava a matéria estabelecendo que: nas dissoluções consensuais, seria observado o acordo entre cônjuges; nas litigiosas, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das dissoluções existentes, ou seja, na hipótese de sanção (aquele que ocorre nos casos de conduta desonrosa ou de grave violação dos deveres do casamento), os filhos ficariam sob a guarda de quem não deu causa à ruptura conjugal; no caso de falência (aquele que ocorre nos casos de separação de fato por mais de dois anos), permaneceriam sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estiveram durante o tempo da ruptura da vida em comum e, havendo o remédio (aquele que ocorre quando um dos cônjuges se acomete de grave doença, tornando-se inviável a vida do casal) a prole menor restaria sob a guarda do cônjuge que possuísse condições físicas e mentais de assumir o encargo e, conseqüentemente, todas as responsabilidades dele recorrentes.

Ainda o parágrafo 2º do artigo 10 reservava ao juiz deferir a guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, quando verificasse que os filhos não deveriam permanecer em poder da mãe nem do pai.

Todos os critérios mencionados são gerais e abstratos, sendo que o legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender aos interesses dos filhos menores e não à autoridade paterna.

Sem dúvida o momento marcante e fundamental em meio a todas as alterações legislativas foi o advento da Constituição Federal de 1988, que reforçou a prevalência do instituto, conforme estabelece o artigo 227, que dispõe sobre o direito à convivência familiar.

A Carta Magna diretamente influenciou a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990) que ressalta, sobretudo, a prioridade da família biológica de ter o menor consigo, sendo este somente colocado em família substituta se impossível e inviável a permanência com os genitores de sangue.

Os direitos e garantias constitucionais aos filhos menores evidenciaram sobremaneira o instituto da guarda, obrigando o genitor guardião a observar e cumprir todos os deveres que lhe são impostos.

A nova legislação civil, em vigor desde janeiro de 2002 e alterada pela Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, aplicou os preceitos constitucionais e obedeceu ao disposto no artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, consagrando o princípio da proteção integral do menor.

O Código Civil atual sepultou o anacrônico regime de perda da guarda dos filhos em razão da culpa do cônjuge na separação e o da prevalência de fixação em favor da mãe no caso de culpa recíproca.

Assim, o Código Civil atual, cujos dispositivos legais foram alterados recentemente pelas Leis n.º 11.698/2008 e n.º 12.398/2011, destaca a guarda compartilhada que, com a guarda uniparental, representa um conjunto de direitos e deveres oriundos do casamento ou união estável, que impõem a ambos os cônjuges ou conviventes respeitar a primazia dos interesses da prole menor, caracterizando o instituto como oriundo do poder familiar e ainda a extensão do direito de visitação a qualquer dos avós, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Vale relembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente trata da guarda do menor que se encontra em estado de visível abandono e orfandade, voltando-se para os casos de tutela e adoção.

Apesar da notória evolução da legislação pertinente à matéria, ainda não houve a eliminação das diversas controvérsias entre os pais, sendo a regulamentação da guarda e visitas dos menores uma das questões mais delicadas e debatidas nas Varas de Família em todo o território nacional, exigindo dos genitores a necessária cautela, prudência e maturidade pessoal, não permitindo que o conflito entre eles influencie e prejudique os interesses da prole.

Por fim, o Projeto do Estatuto das Famílias que está em trâmite no Congresso Nacional já há mais de três anos, prevê a guarda compartilhada, deixando claro que o magistrado deve decidir preferencialmente por esse modelo de guarda.

3.2.3 Importância do instituto da guarda

A guarda compreende o poder de reter o filho no lar, tê-lo junto de si, de acompanhar e direcionar suas condutas, sua educação. O dever de vigilância também está inserido na guarda, de modo a permitir a formação e desenvolvimento saudável da personalidade do menor.

O sujeito passivo do poder familiar e, conseqüentemente da guarda, é o menor de idade. Para a legislação civil brasileira atual, menor de idade é aquele que ainda não completou 18 anos de idade (artigo 5º²⁶⁵). O Estatuto da Criança e do Adolescente distingue criança de adolescente e estabelece que criança é o menor até doze anos de idade e o adolescente é o menor entre doze e dezoito anos de idade, sendo que as pessoas entre 18 e 21 anos têm proteção integral conforme previsão do referido estatuto.

É sabido que a menoridade em outros países tem idades diferenciadas. Vejamos: no Uruguai e na Argentina a menoridade cessa aos 21 anos, no Paraguai aos 20 anos, nos Estados Unidos, em razão da legislação civil, não existe uniformidade, sendo que no Arizona, Colúmbia e Nova Jersey a menoridade cessa aos 18 anos, em Nebraska aos 19 anos e no Colorado aos 21.

Conforme já demonstrado neste trabalho, no passado o direito de guarda sobre os filhos tinha caráter quase absoluto, na linha do pátrio poder romano, sem nenhuma consideração a respeito do melhor interesse do menor. Com a evolução do instituto do pátrio poder para poder familiar, a guarda também sofreu profundas transformações, passando de direito irrestrito e intangível sobre os filhos para um direito pautado pelo melhor interesse, melhor formação e desenvolvimento do menor, sujeito ao controle do Estado.

Acredita-se que a guarda não constitui a essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, uma vez que guarda e poder familiar podem conviver pacificamente sob a titularidade de pessoas diversas. Não há dúvida de que a guarda é, sim, o elemento do poder familiar que mais se destaca, mas aquele que possui também maior independência e maior possibilidade de desdobramentos.

O instituto da guarda acompanhou todas as transformações havidas no direito de família ao longo dos tempos, voltando-se atualmente ao interesse do menor, absorvendo as

²⁶⁵CC - Artigo 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

novas realidades sociais trazidas pelas legislações, tais como o Código de Menores, Lei do Divórcio, Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e novo Código Civil, entre outras.

Vale salientar que a Constituição Federal, em seu artigo 227, assegurou ao menor 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.

Justamente no intuito de aprimorar o instituto da guarda, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe a previsão de que a guarda não exige suspensão ou privação prévia do poder familiar, visto que tais institutos não se confundem, podendo um existir sem o outro.

Vale mencionar que a guarda prevista no estatuto em seu artigo 33²⁶⁶, que é aquela que retrata a modalidade de colocação do menor em família substituta, não se confunde e não é incompatível com a guarda exercida pelos pais de forma conjunta ou não, visto que em ambas as hipóteses de guarda, os pais ou os guardiões têm o dever de prestar assistência moral, material e educacional ao menor.

Quando a guarda é transferida a terceira pessoa ou a um só dos pais, a autoridade do(s) genitor(es) fica restrita, embora conserve todas as faculdades inerentes ao poder familiar, conforme artigo 1632²⁶⁷ do Código Civil. Importante também é mencionar que a guarda não se confunde com a tutela, nem o guardião se investe da mesma autoridade que o tutor. A guarda é compatível com a titularidade e o exercício do poder familiar pelos genitores. Já a tutela, segundo reiterada jurisprudência, não é compatível com o exercício e/ou titularidade do poder familiar por outrem que, ao menos, deverá estar suspenso.

Conforme explica a Professora Cíntia Rosa Pereira de Lima “(...) a tutela é um instituto de direito protetivo, ou seja, visa à proteção do menor, visto pela própria Constituição Federal no artigo 227 como um ser vulnerável, fazendo jus, com absoluta prioridade, à tutela estatal”²⁶⁸.

O estudo do instituto da guarda está necessariamente relacionado à prevalência do interesse da prole, representa a convivência efetiva dos pais com os filhos menores,

²⁶⁶ECA - Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

²⁶⁷CC - Artigo 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

²⁶⁸LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Questionamentos sobre a figura do protutor no Código Civil de 2002. In: **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 584.

assistindo-os moral, psíquica e materialmente; representa também a vigilância (educação, proteção e comunicação) dos pais sobre os filhos.

Nesse sentido, é possível concluir que a guarda é o mais amplo conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

3.2.4 Ruptura do vínculo conjugal e suas consequências na relação familiar

Enquanto pai e mãe estão juntos, unidos, exercem de forma comum e conjunta os direitos e deveres relativos aos filhos em plena igualdade de condições e colaboração.

Já quando há ruptura da união dos pais, ruptura do vínculo conjugal, os direitos e deveres dos pais para com os filhos continuam intactos; o que surge são questionamentos a respeito da guarda dos filhos, sua titularidade e seu exercício, uma vez que, em regra, não há igualdade no desempenho de tal atribuição.

O atual Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente afastaram a relação antiga que havia entre culpa e guarda, ou seja, ficava com a guarda dos filhos quem não tivesse sido culpado pelo fim do relacionamento conjugal. Hoje a guarda deve ser atribuída a quem tenha melhores condições de exercê-la, sempre sob o primado do melhor interesse da criança.

Apesar de não dever ser assim, quando da ruptura do relacionamento conjugal, os efeitos e consequências acabam por resvalar nos filhos.

Diferentemente do que ocorre na constância do casamento ou durante a existência de alguma forma de relacionamento quando o exercício da guarda dos filhos é comum, após a ruptura, as decisões a respeito dos filhos passam a ser tomadas unilateralmente, sendo que a principal e mais complexa delas é qual genitor ficará responsável e será o mais adequado para deter a guarda dos filhos ou ainda qual o melhor modelo de guarda a ser adotado.

No sentido de minorar os efeitos danosos que a ruptura do relacionamento conjugal pode causar na vida dos filhos, é importante que haja compreensão por parte dos pais de que o fim do relacionamento conjugal não significa o fim do relacionamento parental, de que será necessária a divisão de atribuições entre os pais, que terão de limitar suas pretensões, literalmente repartindo o tempo, os cuidados, as atenções para com os filhos.

É importante ressaltar que, havendo a ruptura do relacionamento conjugal, a guarda será fixada atendendo aos interesses dos menores, quais sejam: interesses de ordem moral, material e espiritual.

No direito anglo-saxão, quando se decide sobre a guarda, o tribunal dá a maior prioridade ao *best interest of the child*, dependendo de muitos fatores, entre os quais: o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários); qualquer padrão de vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos, a preferência da criança, se esta tem idade suficiente para ter opinião; a habilidade do pai de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai²⁶⁹.

O fundamento deste critério para a fixação da guarda é justamente a característica de sujeito de direito do filho, e não mais “coisa” como no passado romano. Nosso direito consagra, como o estrangeiro o faz, o interesse não só moral, como também material, não disponível, aplicável inclusive de ofício pelo juiz.

Segundo Eduardo de Oliveira Leire, a jurisprudência tem trazido alguns critérios para compreender o significado da expressão “melhor interesse do menor”:

O desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas, sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o “interesse do menor”²⁷⁰.

A maioria da doutrina e a jurisprudência dominante compreendem o “melhor interesse do menor” como o bem-estar material e emocional da prole, levando em consideração seus aspectos morais e espirituais, visando ao adequado desenvolvimento e formação da personalidade.

²⁶⁹LEONARD, Robin; ELIAS, Sthepen R. *Family Law Dictionary*. Berkeley: Nolo, 1990, p.20- 21.

²⁷⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.197.

3.2.5 Princípio do superior ou melhor interesse da criança como diretriz para a guarda

A Constituição Federal, em seu artigo 227, caput²⁷¹, prevê de forma expressa a obrigatoriedade da família, Estado e sociedade assegurarem proteção de forma integral à criança e ao adolescente.

Essa proteção também é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que considera a criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

Esse princípio deve ser considerado de forma conjugada com os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana e representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser sujeito de direito, ou seja, pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade em relação aos demais membros da família de que participa. Essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia.

Como pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores da condição peculiar a merecer tratamento diferenciado de outras pessoas.

O mencionado tratamento especial deve ser ministrado para que a criança e o adolescente possam ser integralmente protegidos com o objetivo de permitir “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, conforme o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷².

O princípio em tela exige que seja plenamente implementado e observado na ordem jurídica nacional não apenas como princípio geral, mas como critério de interpretação e de aplicação da norma jurídica nas questões relacionadas à criança e ao adolescente.

²⁷¹CF - 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.

²⁷²ECA - Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O Código Civil atual reconhece esse princípio de forma implícita em alguns de seus dispositivos. O artigo 1.583 prevê que, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Segundo o enunciado de n.º 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão “guarda de filhos” constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendendo ao melhor interesse da criança. Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (artigo 1.584 do CC).

O Enunciado de n.º 102, do Conselho da Justiça Federal, também aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “a expressão *melhores condições* no exercício da guarda, na hipótese do artigo 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”²⁷³.

3.2.6 Modalidades de guarda

Os autores apresentam diferentes classificações para os tipos/modalidades de guarda. Existem as guardas que nascem com a criança e decorrem da filiação, aquelas originárias da separação dos casais e aquelas que derivam da colocação da criança em família substituta.

O Estado tem um papel secundário quando se trata do âmbito familiar. Ele deve ser o menos interventor possível, porque as liberdades individuais que acompanham a entidade familiar devem ser respeitadas. A vontade dos pais em relação ao futuro dos filhos e as escolhas inerentes à vida destes devem ser respeitadas, sendo que cabe a autocomposição. A medida para saber a partir de que ponto o Estado deve interferir nessa relação é a preservação dos interesses das crianças e adolescentes.

²⁷³CENTRO de estudos judiciais. Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

3.2.6.1 Guarda comum, desmembrada ou delegada

A guarda comum, também denominada originária ou natural, surge a partir do nascimento da criança, do reconhecimento da paternidade ou maternidade ou mesmo da adoção. Pode, portanto, ter origem natural ou legal.

Resumidamente, tal tipo de guarda se dá com a inserção da criança na família²⁷⁴. Esse modelo normalmente é exercido pelo pai e pela mãe em conjunto quando ambos convivem maritalmente, assim, o poder familiar é exercido de forma plena por ambos e o domicílio, a residência da criança é o mesmo que o de seus pais.

Esse modelo de guarda é natural, ou seja, não é legal, tampouco judicial, uma vez que decorre naturalmente da maternidade e da paternidade.

Quando se trata de menor abandonado ou em situação de perigo, o Estado intervém, por intermédio da Vara da Infância e Juventude, atribuindo a guarda a quem não tem poder familiar, com o intuito de proteger o menor. Nessa hipótese diz-se que a guarda é desmembrada. A respeito dessa guarda diz-se também que é delegada, uma vez que é exercida por alguém em nome do Estado.

3.2.6.2 Guarda originária e derivada

Guarda originária é aquela que compete aos pais, integrada ao poder familiar, como um direito-dever para com o menor, possibilitando o exercício de todas as funções parentais, como a educação, vigilância e correção, entre outras. É originária dos pais.

Já a guarda derivada é a que decorre da lei e corresponde a quem exerce a tutela do menor, nos termos dos artigos 1.729²⁷⁵ a 1.734²⁷⁶ do Código Civil brasileiro.

²⁷⁴NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Guarda Compartilhada: Evolução do Conceito dentro do Novo Sistema Jurídico Brasileiro**. 2005. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 52-53.

²⁷⁵CC - Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

²⁷⁶CC - Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2.6.3 Guarda de fato

A guarda de fato é aquela que se estabelece sem nenhum respaldo legal, ou seja, se estabelece por decisão própria da pessoa que toma o menor para sua responsabilidade, havendo esse todas as obrigações inerentes à guarda comum.

3.2.6.4 Guarda provisória e definitiva.

A guarda provisória é também chamada de temporária e surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores durante o trâmite do processo no qual se discute a própria guarda. Trata-se de uma medida provisória que pode se transformar em definitiva ou não, conforme o desfecho do processo.

3.2.6.5 Guarda única

Quando o menor é confiado à guarda de uma só pessoa, diz-se que esta guarda é única.

Há quem diga que, após a decisão judicial proferida no processo, a questão da guarda adquiriria estabilidade, podendo inclusive se chamar guarda permanente. No entanto, com esse entendimento não comungamos, vez que a guarda nunca é definitiva ou permanente, vez que pode ser alterada a qualquer tempo em prol dos interesses do menor.

3.2.6.6 Guarda peculiar

Já a guarda peculiar vem prevista na segunda parte do parágrafo 2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷⁷ e visa a suprir eventual falta dos pais, permitindo que o guardião represente o menor em uma determinada e especial situação, como por exemplo, realizar matrícula do menor na escola, quando os pais não podem fazê-lo por alguma razão.

3.2.6.7 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários

O atual Código Civil enfatiza o resguardo dos superiores interesses do menor. Nesse sentido, caso o juiz verifique que o menor ou os menores não devem permanecer na guarda da mãe ou do pai, deferirá a guarda à pessoa que revele condições de atender aos “melhores interesses da criança”.

Entre os parentes, os avós têm sido os preferidos para ficar com a guarda dos netos.

A guarda por terceiros faz com que o guardião tenha de prestar assistência de todas as ordens ao menor, podendo o guardião opor-se a terceiros, inclusive os pais, que não ficam dispensados de seus deveres inerentes ao poder familiar.

Não existindo parentes, tampouco estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança será colocada em instituição governamental ou não, conforme prevê o artigo 30 do ECA²⁷⁸.

A guarda para fins previdenciários assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, conforme parágrafo 3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷⁹.

²⁷⁷ECA - Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

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

²⁷⁸ECA - Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.

²⁷⁹ECA - Art. 33 § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

É importante mencionar que a Lei n.º 9.528/1.997 extinguiu a guarda previdenciária, admitindo-a somente para enteados e tutelados.

3.2.6.8 Guarda jurídica e material

A guarda pode ser dividida em jurídica e material. A primeira se refere aos deveres de guarda que emergem do instituto do poder familiar, como antes mencionado. Ela pode ser desmembrada em imediata e mediata, conforme a habitualidade em que são exercidos tais deveres, devendo mencionar que a um dos genitores cabe o dever de reger a pessoa dos filhos, dirigir-lhes a educação e decidir todas as questões de superior interesse deles; ao outro genitor, cabe o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor guardião. Já a guarda material ou fática tem relação com a posse da criança, é o dever de custódia, de vigilância.

Quando os pais ainda mantêm um relacionamento cabe a ambos o exercício da guarda, porém, quando os pais já não convivem maritalmente, a guarda jurídica será determinada, em caso de litígio, por quem demonstrar melhores condições de prover os meios para a criação e manutenção do filho²⁸⁰.

Nesse sentido, a guarda jurídica é exercida à distância pelo genitor não guardião, e aquele que detém a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão.

3.2.6.9 Guarda unilateral ou monoparental

A guarda unilateral é também denominada pelos doutrinadores de exclusiva, única, não dividida ou ainda monoparental. Essa é a modalidade tradicional de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, mais tipicamente adotada pelos juízes e tribunais brasileiros, atribuída a um só dos genitores ou terceiros e regulada pelos parágrafos 2º e 3º

²⁸⁰NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Guarda Compartilhada: Evolução do Conceito dentro do Novo Sistema Jurídico Brasileiro**. 2005. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 51.

do artigo 1.583²⁸¹ do Código Civil e pelo caput e parágrafo 1º do artigo 33 da Lei n.º 8.069/90²⁸², ao dispor que a guarda destina-se a regularizar a posse de fato e ainda obriga à 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.

Nesse modelo, o guardião detém as guardas jurídica e material imediatas, ou seja, detém a guarda judicialmente definida e também a posse física da prole, enquanto o outro detém as guardas jurídica e material mediatas.

O guardião toma as decisões relativas à vida dos filhos de forma exclusiva, sem a interferência do outro genitor, que tem apenas o poder de fiscalizar as decisões tomadas e verificar se a criança está sendo cuidada da melhor maneira possível. Ou seja, o não guardião acaba exercendo uma função subsidiária²⁸³.

A guarda unilateral, no sistema do atual diploma civil, é atribuída ao genitor que revele aptidão e melhores condições de exercê-la, considerando o afeto nas relações com o filho e com o grupo familiar, permitindo-se considerar as relações do menor também com os avós e parentes do guardião, a saúde, a segurança e a melhor educação do menor, cabendo ao outro supervisionar o exercício nos interesses dos filhos.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil vigente²⁸⁴, demonstrar melhores condições de preservar os interesses dos filhos, o genitor que proporcionar afeto e integração no grupo familiar, além de saúde, segurança e educação.

²⁸¹CC - Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

²⁸²ECA - Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

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

²⁸³NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Guarda Compartilhada: Evolução do Conceito dentro do Novo Sistema Jurídico Brasileiro**. 2005. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 53-56.

²⁸⁴CC - Art. 1.583 - A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 2 A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

A guarda unilateral promove a divisão dos direitos entre o genitor guardião e aquele que tem o direito de visitas, mas não extingue o poder familiar. Essa ruptura de funções e delimitação do exercício do poder familiar culmina na monoparentalidade, ou seja, no exercício pleno da maternidade ou da paternidade somente pelo guardião²⁸⁵,

Raquel Pacheco Ribeiro de Souza critica o modelo de guarda unilateral:

Infelizmente, o que se vê na prática é que o cônjuge guardião é sempre quem, de fato, exerce sozinho o poder familiar, quando essa situação só deveria se verificar em casos patológicos de suspensão ou destituição da autoridade parental. Tal costume vicioso afronta a lei e prejudica os filhos, que são aviltados em seu direito, constitucionalmente assegurado, de ampla convivência familiar (art. 227 da Constituição Federal)²⁸⁶.

Apesar de a lei civil prever a possibilidade da guarda unilateral, ela francamente dá preferência à guarda compartilhada. A guarda é atribuída a um só dos cônjuges, com fixação de regime de visitas ao outro, quando decorrer do consenso de ambos e esse consenso resultar no melhor interesse dos filhos ou ainda quando os pais não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada.

Vale fazer aqui menção à infelicidade da expressão “regime ou direito de visitas”, direito esse atribuído ao genitor não guardião. Tal expressão é abominável ao nosso ver, visto que remete à ideia de inexistência de intimidade entre pais e filhos que não residem sob o mesmo teto de maneira contínua; talvez o melhor fosse falar em regime de convivência ou direito de convivência. Contudo, mais adiante esse tema será mais bem abordado.

Também será exclusiva a guarda se atribuída a terceiro quando o juiz se convencer de que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. Certamente o parente mais próximo presume-se mais indicado para assumir a guarda, mas suas condições e aptidão deverão ser confirmadas, podendo chegar à conclusão diversa. Afinidade para o fim de fixação de guarda, não significa parentesco afim, mas inclinação, aptidão para cuidar e conviver com a criança e ainda a existência de relação de afeto que efetivamente exista entre a criança e a pessoa que está prestes a assumir a guarda.

No sistema anterior, a guarda exclusiva era consequência do próprio sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa da separação. A guarda era atribuída ao genitor que comprovasse ser inocente. Com o advento e a aplicação do princípio do melhor interesse da criança ou da prioridade absoluta desta, tutelado na

²⁸⁵LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 194-195.

²⁸⁶SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Poder Familiar Compartilhado**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9516/poder-familiar-compartilhado>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

Constituição, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pouco importa que o filho fique sob a guarda do genitor que foi considerado culpado pela separação, desde que ofereça as melhores condições para exercê-la.

A custódia ou guarda unilateral é atribuída motivadamente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente, tenha aptidão para propiciar ao filho afeto, saúde, segurança e educação. Ressalte-se que “melhores condições”, para os fins legais, não se confunde necessariamente com melhor situação financeira.

A opção preferencial pela mãe nem sempre resulta no melhor interesse da criança. As mudanças socioeconômicas havidas no século XX, provocaram estreitamento das diferenças culturais entre os gêneros, que relegavam às mulheres papéis distintos daqueles dos homens. Atualmente a preferência pela mãe viola o princípio da igualdade previsto no parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal²⁸⁷ e constitui resquício da tradicional divisão de papéis que desmerece a dignidade da mulher.

Ainda sobre essa questão, recomenda-se que os magistrados não consultem os filhos sobre sua opção no tocante à guarda, pois lhes acarretam sentimentos contraditórios e riscos de conflitos psíquicos, com afirmações equívocas, pois afinal, desejam permanecer com ambos os pais. Deve nesses casos o Juiz se valer das equipes multidisciplinares que possam fornecer-lhe elementos técnicos para a decisão.

Quando o filho é reconhecido apenas por um dos pais, geralmente a mãe, é claro que fica sob a guarda de quem o reconheceu. Registrada a criança em nome de um dos genitores, passa ele a exercer a guarda unilateral, constituindo uma família monoparental.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que a guarda unilateral afasta o laço de paternidade da criança com o genitor não guardião, pois a este são estipulados apenas o dia e o horário de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente agendado e o guardião acaba por impor regras que em geral dificultam o contato do filho com o pai não guardião.

O domicílio e a residência da criança coincidem com o do genitor guardião, tendo o outro, corriqueiramente o pai, o direito de visitas.

²⁸⁷CF - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Esse direito é prerrogativa do genitor que não possui a guarda da criança e envolve o direito de ter o filho em companhia de forma eventual e predeterminada. O objetivo fundamental desse direito é a manutenção de vínculos familiares²⁸⁸.

Embora seja essa a intenção, na prática, a guarda unilateral acaba por afastar pais e filhos, pois quem não possui o convívio com a criança se distancia. Os finais de semana fixados para visitas se tornam obrigação ou mera formalidade e não convivência familiar.

Como se não bastasse, conforme já mencionado, a ruptura da relação conjugal acaba por provocar nos genitores sentimento de raiva em relação ao ex-cônjuge, especialmente quando o motivo da separação foi traição, ou quando o outro já está envolvido em um novo relacionamento amoroso. A partir dessa situação, a criança passa a ser usada como mecanismo para atingir os sentimentos do outro genitor, na maioria dos casos, daquele que não possui a guarda e tem menor convivência com o filho, iniciando-se o processo de alienação parental do menor.

Diante de tais problemas relativos à guarda unilateral, a doutrina e até mesmo os tribunais, enxergaram a necessidade do surgimento de um novo regramento, que privilegiasse a convivência e ao mesmo tempo o compartilhamento de decisões corriqueiras, proporcionando, assim, a manutenção do afeto entre pais e filhos²⁸⁹.

A guarda compartilhada veio como uma solução, já que a maior convivência com ambos os genitores diminui as possibilidades de alienação parental, ou seja, serve como medida preventiva a tal prática e também aumenta as chances de sua detecção precoce.

3.2.6.10 Guarda alternada

A guarda alternada ou partilhada consiste no revezamento do exercício da guarda e do poder familiar de forma plena e exclusiva por cada um dos pais, em determinados espaços

²⁸⁸SLHESSARENKO, Amanda Zoë. **Uma visão sobre guarda de menor e direito de visita na sociedade contemporânea**. 2000. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p.80-82.

²⁸⁹NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Guarda Compartilhada: Evolução do Conceito dentro do Novo Sistema Jurídico Brasileiro**. 2005. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 56.

de tempo. Ou seja, por um período de tempo determinado, cada genitor detém as guardas jurídica e material dos filhos²⁹⁰.

A prole reside com o genitor que detém a guarda, alternando sua residência, quando alternado o genitor no exercício da guarda. Tal modelo normalmente é estabelecido quando os pais residem em locais muito distantes e não podem exercer o direito de visitas ou ainda quando os pais desejam ter uma convivência mais aprofundada com a prole.

O modelo de guarda alternada pode gerar comparações e competições desnecessárias entre os lares e as convivências, que têm a possibilidade de prejudicar e confundir a saúde mental da criança²⁹¹.

Os Tribunais brasileiros não tendem a acolher a guarda alternada, pois alegam que o modelo prejudica o referencial de família e residência da criança, seus hábitos e costumes, que irão variar de acordo com a rotina de cada um dos genitores, indo de encontro ao princípio da continuidade, tão importante para os menores.

3.2.6.11 Guarda por aninhamento ou nidificação

Na guarda por nidificação é determinada uma casa única, um ninho, onde devem residir os filhos, e cabe aos pais se revezarem na permanência do lar familiar. Dessa forma, os pais exercem de forma alternada a totalidade do poder familiar e, conseqüentemente, de sua vertente guarda²⁹².

Esse modelo é um substituto à guarda alternada e à sua deficiência quanto à necessidade do referencial de continuidade da criança, no sentido de que garante a residência única da criança e também não permite que ela tenha de se adaptar ao lar do genitor cada vez que fica sob os poderes-deveres de um dos pais.

Cabe aos genitores se adaptar, o que também não é muito razoável, já que, por exemplo, a rotina de trabalho dos pais acaba inviabilizando o modelo. A guarda nidificada

²⁹⁰GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 91.

²⁹¹PETRI, Maria José Constantino. O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária. In: Antonio Jorge Pereira Júnior; Débora Gozzo; Wilson Ricardo Ligiera. (Org.). **Direito e Dignidade da Família**. São Paulo: Almedina, 2012, v. 1, p. 136.

²⁹²GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 91.

também é passível de outras críticas, como o custo de manter três lares, um para a criança e um para cada um dos pais, entre outros.

3.2.6.12 Guarda compartilhada

A modalidade de guarda denominada compartilhada refere-se à possibilidade de os filhos oriundos de relacionamentos amorosos infrutíferos serem assistidos e conviverem, de forma igualitária, com ambos os pais após o fim da união²⁹³.

A origem da guarda compartilhada, também chamada por alguns doutrinadores como guarda conjunta, está na *Common law* inglesa²⁹⁴.

Os Tribunais procuraram evitar a exclusividade no momento de conferir a guarda e, para tanto, introduziram a *split order*, traduzida por Eduardo de Oliveira Leite como guarda compartilhada. Tal mecanismo é um fracionamento do exercício da guarda entre ambos os genitores²⁹⁵.

Nesse sistema, enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança (*care and control*), cabe ao pai dirigir a vida do filho (*custody*). Esse mecanismo possibilitou a guarda conjunta e o equilíbrio entre os direitos de pai e mãe²⁹⁶.

Mais recentemente, a guarda conjunta ressurgiu em um contexto de desequilíbrio no exercício dos direitos parentais, uma vez que a igualdade legal estabelecida entre homens e mulheres não se refletia na fixação de guarda, já que as mães eram sempre privilegiadas.

Além disso, o contexto também envolvia o deslocamento do centro de interesse da família, especificamente dos pais para a criança²⁹⁷.

O critério para definição de guarda também deixou de ser a culpa pelo fim da união, que envolvia a relação dos pais, e passou a ser o interesse da criança. Independentemente do

²⁹³PETRI, Maria José Constantino. O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária. In: Antonio Jorge Pereira Júnior; Débora Gozzo; Wilson Ricardo Ligiera. (Org.). **Direito e Dignidade da Família**. São Paulo: Almedina, 2012, v. 1, p. 137.

²⁹⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 261-269.

²⁹⁵Ibidem, p. 261-269.

²⁹⁶Ibidem.

²⁹⁷Ibidem.

comportamento de um pai para com o outro, o que importa é o tratamento dispensado ao filho.

Além de ser um meio eficaz para minorar as distâncias entre pais separados e filhos, a guarda compartilhada também surgiu como uma alternativa aos outros modelos de guarda existentes, especialmente ao unilateral.

Com a chegada da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse, a guarda compartilhada foi disseminada no Brasil e, paulatinamente, alguns genitores passaram a adotar tal modelo de forma consensual. Aos poucos, os Tribunais detectaram que os acordos beneficiavam o bem-estar dos menores, até que, em julho de 2008, foi aprovada a introdução de tal modelo no ordenamento brasileiro, inclusive privilegiando-o como primeira opção, conforme a Lei n.º 11.698 de 13 de junho de 2008²⁹⁸.

²⁹⁸LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

§3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§4º (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

Quando o casal acorda pelo modelo compartilhado de guarda, surge a coparentalidade. Ou seja, visando a minorar os danos causados por uma separação, os pais repartem, de forma igualitária, o tempo e as responsabilidades dispensadas à prole, assim, a autoridade parental é exercida em conjunto, desta forma, a ruptura do casal de genitores gera menor impacto na relação entre pais e filhos, uma vez que há diálogo entre o casal.

3.2.6.12.1 Conceituação e noções gerais

Waldyr Grisard Filho conceitua a guarda compartilhada, ou conjunta como

[...] um plano de guarda em que ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores²⁹⁹.

A guarda compartilhada é também denominada de guarda conjunta. Consiste no exercício pleno da autoridade paterna por ambos os pais, mesmo após o fim da união conjugal, o que implica a divisão de tarefas das atividades rotineiras de seus filhos e, em especial, a decisão em comum acordo de qualquer aspecto da vida da criança. Isso sem que, obrigatoriamente, haja alternância de domicílio da criança.

O papel dos pais no regime de guarda compartilhada não é somente de supervisão, mas também de opinião e participação, prevalecendo sempre a consensualidade.

Haverá guarda compartilhada quando os pais conjuntamente se responsabilizarem pela criação e educação dos filhos ao mesmo tempo, decidindo de comum acordo tudo o que a eles se relaciona.

Com a participação efetiva nas decisões relativas à vida dos filhos, há um equilíbrio de papéis entre os pais, o que acaba por valorizar tanto a paternidade quanto a maternidade de maneira harmoniosa.

É fato que o objetivo da guarda compartilhada consiste em proporcionar uma aproximação maior entre pais e filhos, já que o vínculo afetivo e o contato regular são mantidos e não prevalece somente a participação financeira. No entanto, cabe a discussão

²⁹⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual, 2010, p. 91.

acerca da viabilidade desse instituto nos casos em que não há sequer consensualidade quanto à relação conjugal dos pais, quiçá nas decisões quanto à vida dos filhos.

A guarda compartilhada, ensina Douglas Phillips Freitas, “surgiu para diminuir a distância da criança ou adolescente em relação ao pai ou à mãe que não compartilha o mesmo lar, diante do novo enfoque do direito de família que privilegia o melhor interesse da criança”³⁰⁰.

Vale destacar que o maior dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo da conjugalidade. É o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação dos filhos, que a simples visitação não permite.

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente a garantir o interesse do menor e fazer valer as prerrogativas dos pais, obrigando-os a estar presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. E mais. A participação de ambos os pais no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

O objetivo é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação dos pais sempre acarreta aos filhos, além de conferir aos genitores o exercício da autoridade parental de forma igualitária.

Por essas razões, a regra no sistema legal brasileiro passou a ser a da guarda compartilhada, sendo que muitos doutrinadores entendem que sua aplicação não deve ficar à mercê de acordos firmados pelos pais, sob pena de se transformar em instituto destituído de efetividade. Contudo a tendência ainda é a de não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, com a justificativa de que deve haver consenso entre as partes.

Vale salientar que, como existe a possibilidade de crianças e adolescentes estarem sob a guarda de pessoas outras que não os genitores (chamada guarda por terceiros), o que ocorre por vezes, por exemplo, em relação aos avós, nada impede que seja estabelecida a guarda compartilhada entre os guardiões e os genitores.

³⁰⁰FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.37.

O modelo de guarda compartilhada, mesmo antes de inserido de forma expressa na legislação, não era proibido, sendo que já era amplamente discutido e aprovado pela doutrina e até aplicado por alguns juízes.

Agora a guarda compartilhada está prevista e definida em lei, como sendo a responsabilização e o exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 1.583 do diploma civil³⁰¹. Ocorreu verdadeira mudança de paradigma. Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, a superação das mágoas e das frustrações havidas no relacionamento.

Apesar de tratar-se de um mesmo arranjo familiar, dividindo-se entre os pais as responsabilidades e decisões sobre os filhos em conjunto, a doutrina faz a seguinte distinção: guarda conjunta e guarda dividida ou compartilhada propriamente dita.

Aqueles que adotam essa distinção têm como *guarda conjunta* aquela em que o menor possui moradia com apenas um dos genitores, mantendo livre a visita do outro, ou seja, apenas um possui a guarda física, mas o outro participa de todas as decisões no seu exercício, ou seja, ambos os pais exercem e partilham conjuntamente a autoridade e decisões.

Já a *guarda compartilhada propriamente dita* ou *dividida* seria aquela em que a guarda física também é dividida, vivendo o menor alguns períodos com o pai e outros com a mãe. Dessa forma, os filhos possuem dois lares, dividindo o período de visitas entre a residência dos genitores, sendo que a autoridade parental é exercida por ambos conjuntamente. Nessa modalidade privilegia-se a ideia de *estar com* e de *compartilhar*, não existindo conotação de posse, pois é sempre voltada para o melhor interesse da criança ou do adolescente e, conseqüentemente, dos pais. A nosso ver, para que tenha êxito com a fixação da guarda compartilhada, imperativa a total concordância dos pais.

Nessa guarda física compartilhada está incluída também a *guarda alternada*, entretanto, também essa se distingue da compartilhada propriamente dita ou dividida. Nas duas subespécies a guarda física é compartilhada, mas na *alternada* a autoridade parental é exercida exclusivamente durante o período em que o guardião possui a guarda física, resguardando ao outro o direito de visita e fiscalização. Nesse arranjo de guarda, todavia, não existe compartilhamento, pois a diferença da guarda unilateral comum é a alternância. Trata-se, na verdade, de uma espécie de *guarda unilateral exercida por períodos alternados*

³⁰¹CC - Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

entre os pais, sem cooperação, reservando ao outro apenas o direito de visitas e fiscalização, o que é muito criticado na doutrina por criar instabilidade, insegurança e verdadeira divisão da criança.

Neste ponto vale destacar que entendemos que o artigo 1.583 do Código Civil atual não traz um rol taxativo a respeito dos modelos de guarda existentes, mas sim exemplificativo, haja vista, por exemplo, que esse dispositivo não tratou, por exemplo, da guarda alternada, que apesar de ser rechaçada pelos psicólogos, pode ser estabelecida dada a realidade dos genitores, considerando as circunstâncias de vida daquela família.

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial, conforme incisos I e II do artigo 1.584 do Código Civil³⁰². Pode ser estipulada no bojo do divórcio ou ainda por meio de ação autônoma de fixação ou de modificação de guarda, caso já tenha sido definida anteriormente de outra forma.

Caso ambos os pais manifestem-se expressamente pela aplicação da guarda unilateral, o magistrado não pode impor o modelo compartilhado. Contudo, caso apenas um dos genitores não a aceite, pode ser determinado o compartilhamento de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se for essa a orientação da equipe interdisciplinar, conforme previsão do parágrafo 3º do artigo 1.584 do diploma civil³⁰³.

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Em alguns casos, não há alternância da guarda física dos filhos e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação alimentar pode ser exigida de um deles pela via judicial.

Segundo Maria Antonieta Pisano Motta

[...] a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segunda a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes venha a ocorrer³⁰⁴.

³⁰²CC - Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

³⁰³CC – Art. 1.584 § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

³⁰⁴MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p.597, n. 51, p. 3-5.

3.2.6.12.2 Guarda compartilhada e o interesse dos filhos

Com o compartilhamento de funções parentais, que devem ser complementares e não suplementares, a família passa a ser pensada de forma amplificada, ou seja, a separação acarreta a dissolução do casamento, mas não a dissolução da família³⁰⁵. É possível pensar até mesmo na melhora da convivência, pois estará livre do conflito marital.

Esse pensamento favorece a convivência da criança com os pais, o que não é apenas um direito constitucionalmente garantido, mas também um elemento fundamental para a formação psicológica e o desenvolvimento social da criança, pois ela cria seus vínculos sociais mediante as experiências que traz de seu círculo familiar.

Uma das vantagens do modelo de guarda conjunta é que representa um conceito que pode ser combinado de várias formas distintas e, na prática, pode se adaptar a cada família e a cada rotina.

É importante que a guarda conjunta não seja confundida com um regime amplo de visitas. Quando é imposta nos casos de litígio entre genitores, o que pode ocorrer na prática é um regime livre ou amplo de visitas e não o exercício da divisão de responsabilidades consensualmente, o que acaba distorcendo o objetivo original do instituto.

Por isso, conforme já mencionado, a aplicação do termo “regime de visitas” para os casos de guarda conjunta é incorreta, o melhor é convivência ampla, pois o genitor que não morar com a criança poderá ter livre acesso a ela e, portanto, deverá estar disponível para os momentos em que dela precisar, como, por exemplo, para acompanhá-la ao médico.

Normalmente, um dos pais detém a guarda física dos filhos, sendo que ambos detêm os mesmos direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Ou seja, a criança reside com apenas um dos pais, embora ambos decidam sobre seu bem-estar, desenvolvimento e atividades rotineiras.

Nesse ponto, a guarda compartilhada se diferencia da guarda alternada, já que, nesta última, a criança passa períodos predefinidos com um genitor, devendo, ao término deste, permanecer o mesmo período de tempo com o outro, e assim sucessivamente, alternando-se a autoridade parental exercida em sua plenitude em cada um dos períodos.

³⁰⁵MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p.597, n. 51, p. 3-5.

O objetivo maior da guarda compartilhada é equilibrar as relações de poderes entre os genitores, não sobrecarregando ou desonerando nenhuma das partes. Visa-se a evitar alguns males causados pela guarda unilateral, tais como o distanciamento entre o genitor que não possui a guarda e a criança, e a manipulação de interesses dos pais sobre os filhos; bem como os danos causados pela guarda alternada, sendo que o principal é a falta de referência de família, lar e rotina, que, como se sabe, são essenciais à criança³⁰⁶. Não é demais lembrar que a guarda compartilhada é vista pela doutrina como forma de prevenção e combate à alienação parental.

É importante ressaltar que o novo sistema de guarda pressupõe que pais e filhos estejam dispostos a dialogar e ceder, já que o convívio será mais aberto e invasivo, formando uma nova vertente dentro do conceito de família.

3.2.6.12.3 Guarda compartilhada no direito estrangeiro

A denominada *custody* no direito norte-americano equivale, *lato sensu*, à autoridade parental do direito civil brasileiro. Entretanto, vinha se confundindo com o termo *guardianship*, pois frequentemente era associado a obrigação com: alimentos, proteção, educação e apoio emocional.

A origem da guarda compartilhada é inglesa, e ocorreu há pouco mais de vinte anos, trasladando-se para a Europa Continental, sendo desenvolvida, primeiramente na França, para atravessar o Atlântico, e chegar ao Canadá e aos Estados Unidos, observando-se hoje sua aplicação na Argentina e Uruguai³⁰⁷.

Conforme já mencionado, no direito inglês, contrariamente ao direito europeu, o pai sempre foi considerado proprietário dos filhos. Logo, em caso de conflito, a guarda (*custody*) lhe era necessariamente concedida.

³⁰⁶MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p.597, n.º 51, p. 1.

³⁰⁷GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 139.

Apenas no século XIX, o Parlamento inglês modificou o sistema e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de sua prole³⁰⁸, passando a atenuar a prerrogativa exclusiva do pai, pelo poder discricionário dos Tribunais.

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho

Visando minorar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os Tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* (dividir, romper, repartir, separar em inglês) do exercício desse direito entre ambos os genitores, primeiro, convencidos que o interesse maior da criança fica plenamente garantido e, segundo, porque a participação comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanharam a ruptura e, de outro, favorecem a criança, pois, apesar da ruptura, vê ambos os genitores envolvidos com seu destino.

As decisões inglesas buscaram privilegiar os interesses do menor, atribuindo aos pais, de forma igualitária, a autoridade parental, o que foi repercutindo nas províncias canadenses, também adeptas ao sistema do *Common Law* *common law*, alcançando os Estados Unidos onde hoje se aplica a guarda compartilhada na maioria de seus Estados, equilibrando assim os direitos do pai e da mãe.

No direito francês, a guarda compartilhada foi, a partir de 1976, assimilada, com o propósito de minorar as injustiças que a guarda unilateral provocava.

A insistente jurisprudência colaborou de forma direta para a promulgação da Lei n.º 87.570/87, denominada Lei Malhuret, homenagem ao então Secretário de Estado de Direitos Humanos, que modificou os textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, harmonizando-se com o entendimento pretoriano³⁰⁹.

O Direito Alemão, até 1992, possuía uma lei sobre guarda estipulando que a escolha desta deveria se basear no interesse do filho, devendo predominar a guarda unilateral.

Essa regra, submetida à apreciação da Corte Institucional, foi considerada inconstitucional, por entender que o Estado não pode intervir, quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes de exercer a guarda conjunta dos filhos e estão dispostos a fazê-lo quando tal arranjo não se mostra prejudicial a eles.

A legislação argentina adotou, como regra, o exercício compartilhado, correspondendo-o ao pai e à mãe, conjuntamente, sejam casados ou não.

O direito argentino, atualmente combina os sistemas de exercício conjunto e indistinto, correspondendo o exercício da guarda ao pai e à mãe conjuntamente, presumindo-

³⁰⁸GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. Um modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 139

³⁰⁹Ibidem, p. 140.

se que os atos realizados por um deles contam com o consentimento do outro, a não ser em determinados casos, em que será requerido o consentimento expresso dos genitores.

Também condiciona esse exercício ao melhor interesse do menor, devendo o juiz analisar, sob esse ângulo, qualquer conflito que seja levado à sua decisão.

No Canadá a guarda compartilhada só é deferida se os pais optarem por ela. Entretanto, segundo orientação dos juízes, essa é a forma mais benéfica para os filhos e para os próprios pais, fazendo-os ver que o relacionamento entre ambos tende a melhorar, graças ao maior contato a fim de decidirem as questões filiais.

No Canadá, a fixação da guarda após o divórcio, via de regra, é a denominada *sole custody*, ou seja, a guarda unilateral, concedendo-se ao outro genitor o direito de visitas³¹⁰.

Os tribunais canadenses baseiam a limitação da aplicação da guarda conjunta apenas em casos de pedido conjunto das partes, na argumentação de que não pode compelir um pai a cooperar em uma guarda compartilhada quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o objetivo desejado.

É interessante destacar que, no direito canadense, existe uma Lei Federal, do ano de 1985, que dispõe sobre o divórcio e permite que a guarda de uma criança seja conferida a várias pessoas, com a ideia de pluralidade na guarda.

No direito americano, as Cortes vêm decidindo pela fixação da custódia parcial a ambos os pais, modelo denominado *joint custody* ou *shared parenting*, isto é, a guarda compartilhada, que poderá ser exercida, pelo menos, por uma das três formas: guarda física (a criança passa uma parte do tempo com cada pai); guarda legal (os pais dividem quem toma decisões relacionadas à educação, médicos, religião e demais questões que envolvem as crianças) e guarda legal e física juntas.

O Direito norte-americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala. Contudo, a lei americana sobre a guarda compartilhada não obriga os casais a optarem por esse modelo de guarda.

A maioria dos Estados americanos já dispõe de leis que incluem a guarda compartilhada no leque de opções de custódia, e entre outros, como a Califórnia, a legislação traduz nítida preferência pelo novo modelo.

Em Portugal, com o advento da Lei n.º 84, de 31 de agosto de 1995, houve alteração de parte do artigo 1.906 do Código Civil, cujo inciso II passou a estabelecer que os pais

³¹⁰GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 145.

podem acordar sobre o exercício em comum do poder parental, decidindo as questões relativas à prole em condições idênticas às que vigoravam na constância do casamento.

Portugal batizou a guarda compartilhada de guarda conjunta e sua importância decorre do fato de permitir a opção dos pais pelo exercício comum do “poder paternal”. Os tribunais portugueses já a admitiam antes mesmo de haver legislação pertinente.

Não restam dúvidas de que a existência desse modelo de guarda no direito estrangeiro serviu de amparo e guarida para que houvesse sua inserção e utilização no direito pátrio.

3.2.6.12.4 Vantagens e desvantagens desse novo modelo de guarda

A grande repercussão da guarda compartilhada deve-se em especial ao fato de sua aplicação possibilitar que seja estabelecida uma relação continuada entre os genitores e a prole, mesmo tendo havido o rompimento conjugal dos genitores.

Há outros fatores relevantes que ensejam, em diversos casos, a utilização desse novo modelo de exercício de guarda como o melhor e o ideal para todos os membros constituintes da família.

A guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que, em regra, é causa de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo dos filhos de magoar o genitor supostamente preterido, além de possibilitar o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e à união estável em relação à prole, a saber, a guarda, o sustento e a educação dos filhos.

Há que mencionar também que os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos, são diminuídos de forma significativa.

A guarda compartilhada envolve de forma igualitária os pais na formação e educação dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo aos pais maiores responsabilidades e garantindo a pais e filhos um melhor relacionamento do que o oferecido pela guarda unilateral.

Há também maior facilidade para lidar com as questões de responsabilidade civil pelos atos praticados pelos filhos, sendo que os genitores serão solidariamente responsáveis pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores.

Outra vantagem desse exercício da guarda é o respeito que se estabelece entre os pais, pois, embora não mais convivam, para que bem desempenhem o poder familiar, devem conviver de forma harmônica, a fim de tomar as melhores decisões acerca da vida dos filhos.

Nesse contexto, os filhos deixam de ser a tradicional “moeda” usada nas discussões e picuinhas que circundam as decisões a respeito do valor da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais.

O estabelecimento da cooperação entre os genitores após a dissolução do vínculo conjugal ou da união estável gera segurança e sentimento de proteção na prole, que só tem a contribuir para o saudável desenvolvimento dos filhos.

A aplicação do modelo compartilhado permite que os filhos não fiquem privados da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores, convivência essa que, além de necessária para o bom desenvolvimento do menor, é saudável, visto ser importante a relação com tios, primos e avós.

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho a guarda compartilhada

Não é solução acabada e perfeita, uma vez que nem a família original do menor está imune a erros, limitações e dificuldades. Nenhuma previsão sobre a efetividade de uma solução de guarda pode ser garantida de forma absoluta pelo juiz nem pelos profissionais que atuam no caso particular. Os pais também precisam saber que inexiste um plano de cuidado parental que não traga efeitos colaterais³¹¹.

Embora a fixação da guarda compartilhada enseje inúmeras vantagens aos filhos e aos pais, também é alvo de comentários contrários, algo plenamente compreensível, visto que se está lidando com questões sensíveis e complexas.

A guarda compartilhada é uma abordagem nova e benéfica se bem aplicada, que só se aperfeiçoa na cooperação dos genitores, isto é, em relação àqueles pais que conseguem isolar os filhos de seus conflitos pessoais.

Pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos contaminam a educação destes, impossibilitando qualquer tipo de diálogo. Nessa hipótese, os arranjos do compartilhamento podem ser desastrosos.

³¹¹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 224.

Assim, nas famílias em que predominam as desavenças e o desrespeito, em que se verifica inviabilizado qualquer tipo de convivência entre os genitores, deve-se optar pela guarda única, modelo tradicional, deferindo-a ao genitor que melhor tiver condições de exercer a guarda dos filhos menores, conferindo ao outro genitor o direito amplo de visitas.

Na linha da oposição à guarda compartilhada, Eliana Riberti Nazareth contraindica esse modelo e afirma:

Quando as crianças são muito pequenas até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ou com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas³¹².

As críticas e as polêmicas acerca do exercício compartilhado da guarda são naturais, uma vez que se encontra em fase inicial no direito brasileiro. Ainda se faz necessário um período de adaptação para que esse novo instituto jurídico seja conhecido e mais aplicado pelos operadores do direito.

E acrescenta Waldyr Grisard Filho

[...] como uma viagem sem volta, a moldura da guarda compartilhada se determinou com a contribuição também da jurisprudência, dando-se conta os Tribunais que a guarda exclusiva tendia a tornar tênue a relação entre o genitor não guardião e o filho, favorecendo a evasão da paternidade. É útil, então, reconhecer as sentenças judiciais, promover a importância da relação paterno-materno filial após o divórcio³¹³.

Vejamos a jurisprudência a respeito:

Apelação Cível. Ação de modificação de guarda proposta pela mãe em desfavor do pai. Genitores que apresentam condições iguais para deter a guarda do infante. Impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada em razão de os pais residirem em Estados diversos. Prevalência dos interesses da criança. Manutenção da situação de fato. Recurso desprovido.

I – Para a definição da guarda, devem-se atender precipuamente os interesses e as necessidades da criança, de ordem afetiva, social, cultural e econômica.

II – Observando-se que tanto as provas dos autos quantos os estudos sociais realizados indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda do infante, recomendável seria a aplicação da guarda compartilhada.

III – Todavia, diante da impossibilidade de aplicação do instituto, em razão de os genitores residirem em Estados diversos – o pai em Santa

³¹²NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com a mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de Estudos 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, p. 83.

³¹³GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 229.

Catarina e a mãe no Rio Grande do Sul, não se mostra adequado retirá-lo da companhia do ascendente, alterando a situação fática atual, porquanto a mudança abrupta na rotina da criança, bem como de escola, ambiente e círculo social, poderia causar prejuízo ao seu desenvolvimento³¹⁴.

Apelação Cível. Ação de regulamentação de guarda e ação de modificação de guarda. Sentença que julgou procedente o pleito de modificação de guarda formulado pela genitora. Pretensa alteração da guarda do menor pelo genitor para que seja deferida a guarda em seu favor. Interesse do menor. Condições de ambos os genitores. Preservação dos laços maternos e paternos. Guarda Compartilhada. Residência principal a da genitora. Recurso não provido³¹⁵.

Nos julgados colacionados evidencia-se a preocupação do judiciário em buscar o bem-estar e o melhor interesse dos filhos ao decidir as questões levadas a juízo pelos genitores, tentando garantir a manutenção dos vínculos havidos entre pais e filhos depois da ruptura das uniões.

Paralelamente a isto, evidencia-se que apesar dos inúmeros benefícios da guarda compartilhada, nem sempre sua fixação é a solução mais adequada, vez que cada caso é um caso e para o compartilhamento há requisitos e permissas, tais como a possibilidade de deslocamento do filho e dos pais, o que, por exemplo, não ocorre no caso de genitores que residem em estados diferentes, situação em que a melhor saída é a fixação de outra modalidade de guarda que não a compartilhada, vez que esta não conseguiria ser aperfeiçoada.

Visando retratar todo o acima mencionado não poderiam ser mais adequadas as palavras de Waldyr Grisard Filho ao se manifestar sobre a lei que trata da guarda compartilhada. Vejamos:

Essa nova lei elegeu o modelo de responsabilidade parental como paradigma, preferencial, permitindo aos juízes aplicá-la onde se considere benéfico para o grupo familiar, rejeitando desta maneira as duas correntes as mais extremas: as que vê a guarda compartilhada como panaceia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita ou a oposta, que nem sequer a admite³¹⁶.

³¹⁴TJSC, Apelação Cível n.º 2009.073803-4, Balneário Camboriú, Relator Desembargador Joel Dias Figueira Júnior. Julgado em 05/11/2010.

³¹⁵TJSC, Apelação Cível n.º 157479 SC 2004.015747-9, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Carlos Prudêncio. Julgado em 28/03/2008.

³¹⁶GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p. 252.

3.2.7 Responsabilidade civil e a guarda

Não há dúvida de que os filhos são fruto do meio em que vivem e apenas repetem os atos praticados por seus exemplos, em regra, pelo pai e pela mãe. Nesse sentido, se os pais agem com falta de respeito, de forma agressiva para com os filhos, os filhos agirão da mesma forma com eles e com terceiros.

Na constância ou não do casamento, os pais têm o dever de prestar assistência ao filho, ou seja, criar, instruir, educar, alimentar e satisfazer suas necessidades de todas as ordens, o que se verifica pela conjugação do inciso IV do artigo 1.566³¹⁷ e incisos I e II do artigo 1.634³¹⁸ do Código Civil.

Se os pais infringirem tais deveres, devem se submeter ao disposto no inciso I do artigo 932 do Código Civil³¹⁹.

O dever de vigilância dos pais é complemento da obra educativa, de onde deriva a presunção de responsabilidade paterna. Cabe, pois, imputar uma falha na educação por não haverem os pais incutido nos filhos bons hábitos, que os impediriam de cometer atos ilícitos em prejuízo de terceiros.

Já foi mencionado neste trabalho que o poder familiar gera deveres para os pais, entre eles, o de zelar pelos bens dos filhos e cuidar de seu patrimônio. É essa a razão pela qual os menores são assistidos ou representados por seus genitores ou representantes legais, nos atos da vida civil, pois enquanto não alcançarem a maioridade, incumbe aos detentores da guarda dos menores, ou seja, aos pais, agir em prol de seus interesses e, como garantia

³¹⁷CC - Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

³¹⁸CC - Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezoito anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

³¹⁹CC - Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

desse dever, o legislador impõe obrigações que deverão ser cumpridas, sob pena de perderem o poder familiar, como forma de punição.

Na hipótese acima elencada, além da possível perda do poder familiar, os pais que agirem de forma incompatível com sua função genitora podem ser responsabilizados civilmente por praticarem atos nocivos, fraudulentos ou prejudiciais a seus filhos. Tal responsabilidade não recai necessariamente sobre ambos os genitores, mas sim sobre aquele que de fato causou o dano ao menor.

Ressalta-se que são passíveis de reparação não apenas os danos causados ao patrimônio do menor, mas também os danos morais que atinjam seus interesses.

Sob o aspecto indenizatório, os prejuízos advindos de atos culposos praticados pelos pais, somente poderão ser reparados avaliando-se, a cada caso, o grau de dano, a culpa e o risco do negócio praticado. Ademais, não recairia o dever de indenizar nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Outra hipótese de responsabilidade civil é aquela em que os pais respondem pelos danos que os filhos causarem a terceiros, conforme prevê o inciso I do artigo 932 do Código Civil.

O legislador de 2002 encerrou o debate quanto à natureza da responsabilidade dos pais, tutores e curatelados quanto aos danos causados pelos menores e demais incapazes. O artigo 933 do Código Civil³²⁰ rompeu com o sistema da culpa e adotou o sistema da responsabilidade objetiva.

José Fernando Simão entende que

As teorias do risco atualmente existentes não justificam, por si, a responsabilidade objetiva dos representantes pelos atos das pessoas incapazes. (...) Nas relações entre pais e filhos, tutor e pupilo e curador e curatelado, há um risco. Entendemos que o artigo 933 cria uma nova teoria do risco, que deve ser concebida, com base nos princípios constitucionais, uma teoria do risco dependência. A criação de uma nova modalidade de teoria do risco (...) Quem decide pela paternidade ou maternidade, assume os riscos de ter sob sua dependência pessoa sem capacidade de discernimento entre o certo e o errado, que, portanto, tem uma maior chance de causar danos a terceiros. Assim assumindo tal risco decorrente desta dependência do incapaz, surge o dever de indenizar. Quem tem a alegria de ter filhos passa a ter o ônus pelos atos destes, independentemente de culpa, pois, antes dos dezoito anos, serão potenciais causadores de dano.

³²⁰CC -Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

(...) Em conclusão, para nós, além das clássicas teorias, temos, agora, uma nova, qual seja, o risco dependência³²¹.

Ainda na esteira da responsabilidade civil dos pais pelos danos causados pelos filhos, cumpre mencionar a regra inovadora trazida pelo artigo 928 do Código Civil³²² que dispõe a responsabilidade primária e principal dos responsáveis legais.

Destaca Eduardo de Oliveira Leite que a coabitação dos filhos com os pais é fundamental, porque daí decorre a ideia de vida em comum, vida familiar, garantidora da fiscalização dos atos dos filhos pelos pais. Nesse caso são os pais solidariamente responsáveis pelos atos dos filhos em decorrência do casamento ou união estável.³²³

A jurisprudência é neste sentido. Vejamos:

Responsabilidade civil – Ato ilícito – Responsabilidade do pai pelos filhos menores em seu poder e em sua companhia, podendo a vítima ajuizar ação contra cada um deles ou contra ambos – Ilegitimidade de parte rejeitada³²⁴.

Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a concorrência do dano. A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida, se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos artigos 1.518, parágrafo único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos artigos 942, parágrafo único e 932, inciso I do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os artigos 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n.º 6.515/77, este recepcionado no artigo 1.579 do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou no crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem nenhuma cautela (fls. 625/626). Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita o mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito

³²¹SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Direito de Família. Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. São Paulo: Atlas, 2011, p.324-325.

³²²CC - Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

³²³LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.218.

³²⁴TJSP, Apelação Cível n.º 433.632/90, 1º TACSP, São José dos Campos, 2ª Câmara, Relator Sena Rebouças. Julgado em 04/04/1990.

cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. Recurso especial desprovido³²⁵.

Civil e Processual Civil. Responsabilidade dos pais e da avó em face de ato ilícito praticado por menor. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó do menor que dirigiu veículo automotor, participando de “racha”, ocasionando a morte de terceiro. Não aceita a alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, não existe norma que exclua a responsabilização das mesmas. Separação dos pais. Poder familiar exercido por ambos os pais. Dever de vigilância da avó. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Em relação à avó, com que o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. Reexame de fatos. Incidência da Súmula 7 STJ. Dissídio Jurisprudencial comprovado. Redução do quantum indenizatório a título de danos morais por morte. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido³²⁶.

A legislação brasileira, ao contrário da italiana e francesa, não condicionou a responsabilidade dos pais à circunstância da coabitação propriamente dita, mas sim ao dever de guarda, de vigilância, o que significa que, nas hipóteses de pais separados faticamente ou divorciados, ambos serão responsáveis. O Professor José Fernando Simão tem posicionamento diverso. Vejamos:

Em caso de pais separados de direito (judicial ou extrajudicialmente), no sistema de guarda unilateral, aquele genitor que tiver a guarda do filho estará em sua companhia e será o responsável pela vigilância. Nos dias de visita, inverte-se a situação, e o pai ou a mãe que não é o guardião terá a companhia do filho. Assim se o dano for causado no período em que a mãe tem a guarda, somente ela responde. Se no período de visitas, apenas o pai indeniza a vítima. É de se frisar que com o advento da guarda compartilhada como regra no sistema, em decorrência da alteração dos artigos 1.583 e 1.584, a questão muda de figura. Nessa modalidade de guarda, a responsabilidade dos pais será solidária (artigo 942, parágrafo único), não importando o momento em que o dano foi causado em razão da própria sistemática da guarda compartilhada³²⁷.

Acredita-se que a decisão de responsabilizar os pais em decorrência do poder familiar, e não em virtude da guarda, é direcionada para uma efetiva reparação do dano, causado à vítima e para que não reste, assim, irressarcida.

³²⁵REsp 777327 RS 2005/0140670-7, 3ª Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 17/11/2009.

³²⁶REsp 1074937 MA 2008/0159400-7, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 01/10/2009.

³²⁷SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Direito de Família. Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. São Paulo: Atlas, 2011, p.327.

O artigo 932, inciso I do Código Civil³²⁸ fala em “autoridade e companhia”. O termo “companhia” não significa proximidade e sim que o filho deve estar sob fiscalização, não efetiva, mas de direito. É uma forma indireta: o pai só não responde se houver transferido, de direito, essa companhia.

Ao nosso ver, mesmo no caso de pais separados, não há alteração do poder familiar. A guarda atribuída a um só dos genitores significa alteração de companhia.

Entretanto, essa companhia tem uma característica econômica. Se o filho fica com quem não tem condições de sustentar algum ato ilícito que cometa, pode-se argumentar, para que haja o ressarcimento à vítima, que a guarda só deverá abranger o termo “companhia” quando o detentor da guarda também for o detentor do jugo econômico.

A responsabilidade parental é dupla, de um lado apoia-se na culpa *in vigilando*, que atribui aos pais o dever de vigiar a conduta dos filhos e, de outro, imputa uma falha na educação dos menores, refletindo que não foram incutidos nos menores bons hábitos, capazes de afastá-los do cometimento de atos ilícitos.

Ressalta-se que os genitores respondem objetivamente pelos atos dos filhos menores, que estão sob sua autoridade, assumindo os riscos de sua atividade.

Conforme colacionado acima há doutrinadores que entendem que a responsabilidade civil pode sofrer alterações de acordo com o modelo de exercício de guarda estabelecido entre os genitores ou decretado pelo juízo, como, por exemplo, o Professor José Fernando Simão, que entende que a responsabilidade civil cabe, em regra, ao genitor guardião, salvo hipóteses em que o menor estivesse no dia da prática na companhia do genitor não guardião.

Quanto à guarda exclusiva, única, a responsabilidade recai sobre o genitor que a possui, em decorrência da culpa *in vigilando*. Assim sendo, a guarda e a vigilância são pressupostos da responsabilidade dos pais, ou de um deles, pelos danos causados pelo filho menor.

Waldir Grisard Filho entende que (...) ao genitor guardião, entretanto, são facultadas todas as provas à exoneração de sua responsabilidade, como a inexistência de dependência material, não ter cometido falta na educação ou vigilância do menor, além das causas gerais: força maior, caso fortuito, culpa de terceiro³²⁹.

³²⁸CC - Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia

³²⁹GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. rev. e atual. 2010, p.92.

No que se refere à emancipação, que nada mais é do que o fim do poder familiar e da incapacidade, quando esta for voluntária e decorrente de leviandade ou outros interesses e se tudo indicava que faltava, na verdade, maturidade ao menor e sua pouca responsabilidade não aconselhava a emancipação, essa, em regra, não produz efeitos perante o dever do pai em reparar os danos causados a terceiros pelo filho.

Os Tribunais não aceitam a exoneração da responsabilidade paterna, por situados os menores exatamente na idade em que os riscos aumentam: da puberdade até a maioridade. Desse modo, não é nulo, mas ineficaz o ato de emancipação em face de danos a terceiros, pois é prejudicial na obrigação de indenizar.

Carlos Roberto Gonçalves defende a responsabilidade solidária dos pais pelos atos ilícitos de seu filho apenas quando se trata de emancipação voluntária, cessando totalmente quando deriva do casamento e das outras hipóteses de emancipação tácita ou legal, porque não se pode, por um ato de vontade, afastar a responsabilidade proveniente da lei³³⁰.

No que se refere à emancipação, o professor José Fernando Simão afirma que:

[...] a doutrina presume como sendo de má-fé toda e qualquer emancipação voluntária, como se fosse apenas atos de exoneração de responsabilidade. Tal interpretação se afasta do velho brocardo que “enquanto a boa-fé se presume, a má-fé se prova”. Entendemos que ocorreu inversão de valores. Para nós, com a emancipação legal ou voluntária, o menor, agora capaz, responderá pelos danos causados com exclusividade³³¹.

Silvio Venosa no que se refere à emancipação afirma que “se esta é voluntária por parte dos pais, não se liberam eles da responsabilidade por atos praticados pelos filhos. O mesmo não ocorre se a emancipação decorre do casamento ou de outras causas previstas no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil”³³².

Importante frisar que a maioria dos doutrinadores entende que somente a emancipação legal exonera os pais do dever de indenizar terceiros pelos atos ilícitos de seus filhos. Desta forma, a emancipação voluntária não os libera, porque um ato de vontade não pode revogar ordem legal.

Na guarda compartilhada a questão da responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos de seus filhos se tornam menos problemáticos, uma vez que pai e mãe serão solidariamente responsáveis.

³³⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.109.

³³¹SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Direito de Família. Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. São Paulo: Atlas, 2011, p.327.

³³²VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol. IV. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Caetano Lagrasta Neto afirma que deve haver a responsabilização de ambos os genitores no caso de guarda conjunta, fazendo a seguinte diferenciação: “Há que se distinguir da situação em que o menor é autorizado e, muitas vezes, incentivado, por um dos genitores, à prática de atos abusivos ou proibidos pela legislação: aqui sim, cabe-lhe assumir integralmente a reparação civil”³³³.

Assim sendo, o magistrado, por meio de um prudente arbítrio, deverá analisar todo um conjunto para poder atribuir ou não a responsabilidade aos pais, ou a um deles, pela reparação civil: se o menor agiu por si mesmo e os pais poderiam ter-lhe dado outra educação e até que ponto essa educação evitaria o cometimento do ato ilícito pelo menor, se a falha na educação é atribuível somente aos pais, ou também a outras figuras, tais como representantes da escola, por exemplo.

3.3 Direito de visita e direito de convivência

A regulamentação do direito de visita de forma específica na legislação brasileira, em especial no Código Civil, é extremamente escassa. A legislação evoluiu em temas correlacionados, em especial com a regulamentação da guarda compartilhada e o reconhecimento de suas vantagens e benefícios para o bem-estar.

Na questão da visitação importante avanço foi a mudança da valoração dos filhos, antes tidos como objeto de litígio dos pais e hoje vistos como sujeitos de direitos. Importante também o novo viés da legislação, doutrina e jurisprudência que passou a buscar de forma incessante a preservação da comunidade familiar, entendendo por insuficiente os contatos periódicos de um dos pais com os filhos.

No caso da guarda unilateral, o genitor que não detém a guarda tem a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, o direito de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos, além obviamente de lhe ser assegurado o direito de visitá-los e de tê-los em sua companhia, conforme o acordo com o outro genitor ou o que fora fixado judicialmente.

O regime de visitas é conceituado por outro diploma legal, qual seja, o Código de Processo Civil, no parágrafo 2º do artigo 1.121³³⁴, ao definir o regime de visitas como a

³³³LAGRASTA NETO, Caetano. **Tribuna da Magistratura**. Out. 1998, p.100.

³³⁴CC - Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros esporádicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Absolutamente inadequado é o fato de um instituto de direito das famílias ser conceituado por uma lei processual, contudo, mais inadequado ainda é a própria expressão “direito de visitas”, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter os filhos em sua companhia em determinados períodos de tempo.

A visitação não é só um direito assegurado aos pais, mas é também direito dos filhos de com os genitores conviverem, visando justamente reforçar os vínculos paterno e materno-filiais.

Na certa mais adequado seria o uso da expressão “direito de convivência”, pois é justamente a convivência, o contato constante que deve ser preservado entre pais e filhos que não residem sob o mesmo teto.

No projeto do Estatuto das Famílias³³⁵ que tramita no Congresso Nacional brasileiro, há abandono da expressão “direito de visita” e a adoção do termo “convivência” ou ainda

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; (Redação dada pela Lei nº 11.112, de 2005)

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

§ 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005).

³³⁵Estatuto das famílias - DA GUARDA DOS FILHOS E DO DIREITO À CONVIVÊNCIA

Art. 96. A guarda dos filhos e o direito à convivência devem ser definidos nos casos de:

I – separação dos pais;

II – divórcio;

III – invalidade do casamento;

IV – dissolução da união estável e da união homoafetiva;

V – os pais não coabitarem.

Art. 97. Não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não-guardião.

Parágrafo único. Antes de decidir pela guarda compartilhada, sempre que possível, deve ser ouvida equipe multidisciplinar e utilizada a mediação familiar.

Art. 98. Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar.

Art. 100. O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade. Art. 101. Quando a guarda é exercida exclusivamente por um dos genitores é indispensável assegurar o direito de convivência com o não-guardião.

Parágrafo único. O direito à convivência familiar pode ser judicialmente suspenso ou limitado quando assim impuser o melhor interesse da criança.

Art. 102. As disposições relativas à convivência familiar dos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

“direito de convivência” do pai não guardião em relação ao filho e deste em relação àquele. E mais. Há ainda previsão de que esse “direito de convivência” seja estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou adolescente mantenha vínculo de afetividade, e não apenas aos pais.

No que se refere à extensão do direito de visita aos avós e outros parentes importante trazer a fala preciosa da Jurista Maria Berenice Dias. Vejamos:

Quando a Constituição (CF 227) e o ECA asseuram o direito à convivência familiar, não estabelecem limites. Como os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, apesar do silêncio legal, o direito de convivência se estende aos avós e demais parentes, inclusive aos colaterais. Além do direito de crianças e adolescentes de desfrutarem da companhia de seus familiares, há o direito dos avós de conviverem com seus netos.³³⁶

A falta de previsão legal a respeito do direito de visita dos avós foi suprida pela Lei n.º 12.398 de 28 de março de 2011, que modificou o artigo 1.589 do Código Civil brasileiro. Foi acrescido o parágrafo único ao referido artigo nos seguintes termos “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do Juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

Importante mencionar que além dos avós e outros parentes próximos, o presente tema da convivência abarca também a figura do pai afetivo ou mãe afetiva, especialmente nos casos de afinidade resultante de casamento com pessoa que tenha filhos de relacionamentos anteriores. Tanto é assim que a Lei n.º 11.924 de 17 de abril de 2.009 que alterou o artigo 57 da Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1.973 – lei de registros públicos, passou a assegurar aos enteados o direito de requerer o acréscimo ao seu nome do sobrenome do padrasto ou da madrasta, visando justamente consolidar ainda mais o vínculo familiar existente entre eles.

O direito às visitas é tido modernamente como um direito da personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo recebe as pessoas com quem quer conviver, além de fazer parte da dignidade da pessoa humana, já que aos pais e filhos são absolutamente indispensáveis o contato e a convivência de uns com os outros para que os filhos tenham desenvolvimento completo e saudável e para que pais possam viver sem conflitos, sem angústias ou tristezas.

Art. 103. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deve deferir a guarda a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afetividade.

Parágrafo único. Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, salvo se não atender ao melhor interesse da criança.

³³⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.007, p.422.

Giselle Câmara Groeninga afirma que

O direito à convivência é uma premissa de realização do Direito da Personalidade relativo à integridade psíquica, que também diz respeito aos adultos enquanto pais – frise-se. Embora a estrutura da personalidade seja formada durante a infância e a adolescência, ela desenvolve-se ao longo de toda a vida. A proteção aos Direitos da Personalidade implica o reconhecimento de direitos que alicerçam os Direitos Fundamentais ao longo da vida. Assim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não cessa com a formação da personalidade nos anos em que esta se encontra mais vulnerável, sendo um direito inerente a todo o ciclo vital³³⁷.

Segue afirmando que:

O relacionamento familiar e a convivência pós-separação se veem, muitas vezes, prejudicados, derivando Direitos da Personalidade não só de filho, mas também de pais, irmãos e avós. Lacuna essa que ocorre nos processos judiciais de separação, concorrendo, para tanto. Diversos determinantes, quer da ordem da subjetividade, quer da legislação e abordagem dos conflitos relativos à guarda por parte dos Operadores do Direito. Em outras palavras, as dificuldades de convivência após a separação do casal conjugal são, como todos os fenômenos psíquicos e comportamentais, multideterminados³³⁸.

Paulo Lôbo eleva o status da convivência a princípio, o denominando de princípio da convivência familiar. De forma precisa afirma que

[...] a convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião ao filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tida como objeto da disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles³³⁹.

O direito de visitas que cabe ao genitor não guardião deve ser visto como uma forma de aplicação das regras de manutenção da autoridade parental por ambos os pais, mesmo após o rompimento do vínculo conjugal ou da união dos companheiros, até porque a principal intenção dos pais em relação a esse direito é justamente ter a oportunidade de permanecer acompanhando os filhos, participando e presenciando integralmente seu crescimento. É mais do que um simples direito, é um direito fundamental do menor.

³³⁷GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinares com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. Tese de doutorado. Universidade São Paulo, São Paulo. 2011, p.227.

³³⁸Ibidem, p.228.

³³⁹LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52-53.

É importante mencionar que mesmo quando atribuída a guarda dos filhos a terceira pessoa, não há nenhum impedimento ao exercício do direito de visitas pelos pais.

O direito de visitas não encontra limites entre pais e filhos. E mais, deve ser aplicado a fim de preservar vínculos afetivos, como, por exemplo, em relação a avós, tios, primos, padrinhos, irmãos, pois os elos de afetividade devem ser resguardados. Inclusive nas uniões homoafetivas, ainda que o filho seja do parceiro, faz-se necessário assegurar o direito de visitas.

Não há dúvida de que a visitação em datas predeterminadas, fixando quando o genitor pode ficar na companhia do filho, cria distanciamento entre ambos, o que leva ao estremecimento dos laços afetivos pela não participação daquele genitor no cotidiano dos filhos, além de gerar certo descompromisso com o desenvolvimento de ambos.

São frequentes os pedidos judiciais de suspensão das visitas sob a alegação de abuso sexual. Nesses casos, acredita-se, devem ser as partes envolvidas encaminhadas rapidamente para a realização de estudo social e perícia psicológica e psiquiátrica. Isso porque a suspensão das visitas ocasiona severos prejuízos emocionais aos filhos e, para evitar riscos de danos reais, aconselha-se a determinação de visitação supervisionada, lembrando que as visitas devem ocorrer do modo menos traumatizante possível.

Nestes casos a atuação célere da equipe técnica que auxilia o magistrado tem consequências muito importantes, seja para verificar a efetiva prática de abuso sexual e, neste caso, colocar aquela criança ou adolescente a salvo, seja para identificar a prática de alienação parental e sugerir medidas que possam ser adotadas a fim de preservar o filho envolvido e, quando ainda possível, evitar a instalação da síndrome em si.

Por fim, cabe ainda mencionar a possibilidade de execução do regime de visitas, caso este não seja cumprido, quer para obrigar o guardião a entregar o filho, quer seja para fazer com que o outro genitor permaneça com o filho durante os períodos estabelecidos.

Há muito se deixou de enxergar o direito a visitas como um direito de conviver com o genitor não guardião e passou-se a compreendê-lo muito mais como um direito recíproco de pais e filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, como o direito do filho de conviver com seu genitor e do genitor de conviver com seu filho.

Nestes casos há uma obrigação, e não um simples direito, dos pais de cumprirem os horários de visitação.

O descumprimento do direito de visitas, que nada mais é do que uma obrigação de fazer infungível, ou seja, uma obrigação personalíssima, que deve ser cumprida

pessoalmente, podendo tal prática configurar a infração administrativa prevista no ECA e sujeitar o genitor descumpridor ao pagamento de multa de três a vinte salários. Pode também caracterizar abandono. Este, por sua vez, autoriza a destituição do poder familiar e ainda por se tratar de um dever do campo dos direitos das obrigações, a forma de impor seu cumprimento pode se dar mediante a aplicação das chamadas astreintes, pagamento de multa diária por ato ou visita não cumprida ou ainda fixação de indenização por abandono afetivo.

Ainda que este não seja o tema central deste estudo, importante tecer alguns comentários sobre a tese do abandono afetivo, abandono moral ou abandono paterno-filial, também conhecido com o teoria do desamor, vez que há forte relação com a prática de alienação parental.

Este tema ganhou destaque na jurisprudência quando do julgamento do caso de Alexandre Fortes³⁴⁰. Nesse caso o Tribunal entendeu pela possibilidade de indenização por abandono paterno-filial fundamentando ter havido lesão à dignidade humana, com fundamento no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal³⁴¹. Tal decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça em 29 de novembro de 2005, tendo sido afastada a condenação por danos morais contra o genitor³⁴².

Os argumentos usados na referida decisão foram: inexistência de ato ilícito na conduta do genitor que abandona afetivamente o filho, afeto não pode ser imposto na relação parental, não quanto a este um dever jurídico e ainda que o pagamento de indenização pelo pai ao filho afastaria aquele deste de forma definitiva. Neste caso o voto vencido foi favorável à indenização por danos morais em decorrência do abandono moral e afetivo.

A tese do abandono paterno-filial não é aceita pela unanimidade dos doutrinadores. São favoráveis a esta tese Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³⁴³ e Paulo Lôbo³⁴⁴.

³⁴⁰TJMG, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n.º 408.555-5, Relator Desembargador UniSilva, Julgado em 01/04/2004, v.u.

³⁴¹CF - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana

³⁴²STJ, REsp n.º 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, voto vencido Ministro Barros Monteiro, Julgado em 29/11/2005.

³⁴³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³⁴⁴LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284.

São contrárias ao pagamento de indenização por abandono afetivo Regina Beatriz Tavares da Silva³⁴⁵ e Judith Martins Costa³⁴⁶.

Nas palavras de Flávio Tartuce

[...] a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fucral é que no abandono afetivo há a presença da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei³⁴⁷.

Na verdade, a falta de convivência entre pais e filhos certamente traz consequências graves para o desenvolvimento destes últimos, sendo que a responsabilidade civil pode ser um caminho para solucionar tal questão.

Já o descumprimento do regime de visitas por comportamento do genitor guardião, em típica prática alienadora, pode ocasionar a redução das prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda; pode haver fixação de multa ou ainda a alteração da guarda. Isso porque a guarda unilateral deve ser atribuída a quem revele melhores condições de propiciar afeto ao filho e a injustificável resistência do guardião em garantir o direito de convivência do menor com o outro genitor e seus familiares pode ensejar sim a configuração de atos alienadores e a substituição do guardião.

³⁴⁵SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. v.5: Responsabilidade civil, p. 463-475.

³⁴⁶MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: PETEFFI, Rafael. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007, p. XVI.

³⁴⁷TARTUCE, Flávio. Abandono Afetivo (Indenização) – Comentários a Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). **Direito de Família. Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 234.

4. A MEDIAÇÃO FAMILIAR: CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

A mediação é uma das modalidades extrajudiciais de autocomposição, além da conciliação e a negociação. As formas extrajudiciais de solução de conflitos são uma alternativa para minimizar o elevado número de ajuizamento de ações, além de representar uma solução para o alcance da paz social.

Importante mencionar que na autocomposição as partes estão diretamente ou por meio de seus representantes legais buscando resolver o conflito. Neste sentido, uma das partes, ou ambas, cede no seu interesse, total ou parcialmente, visando justamente a resolução do conflito.

Já na heterocomposição, também mecanismo de solução de conflitos, um terceiro intervém na situação e propõe uma solução, seja propondo a realização de um acordo, seja proferindo decisão que põe fim à controvérsia. Fala-se aqui em arbitragem.

A mediação de conflitos trata-se de procedimento estruturado de gestão de conflitos, no qual há a intervenção de um terceiro que não é parte, pessoa profissional qualificada, denominada mediador, que tem como missão buscar restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes, além de orientar as partes envolvidas no conflito para que elas mesmas encontrem a solução ou o caminho desta.

É importante dizer que o mediador não tem poder de decidir o conflito, apenas deve auxiliar as partes no intuito de encontrarem a forma mais adequada a por fim à disputa.

Renata Guimarães Pompeu entende que

[...] a mediação como forma alternativa, não violenta, de administrar conflitos parece ter na família um campo frutífero para seu desenvolvimento. Os núcleos familiares, qualquer que seja sua composição, implicam em vínculos de natureza existencial e patrimonial que precisam desenvolver-se e preservar-se no tempo. Além disso, revelam um contexto de direitos disponíveis que podem ser articulados e protegidos com o auxílio da mediação³⁴⁸.

O mediador tem o papel de conduzir as partes a encontrarem elas próprias acordos duráveis e sustentáveis que atendam às suas necessidades. Nesse sentido, a mediação, em regra, desenvolve-se por meio de um processo de encontros sucessivos, em que não há imposição de solução.

³⁴⁸POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: **Problemas da família no direito**. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELES, Marília Campos Oliveira e (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 103.

Judith Aparecida de Souza Bedê, Lissa Cristina Pimentel Nazaret Ferenc e Ivan Aparecido Ruiz fazem a seguinte diferenciação entre mediação, conciliação e arbitragem:

A diferença básica entre arbitragem, mediação e conciliação, consiste no poder conferido ao árbitro de impor a solução às partes. Enquanto que a mediação e a conciliação, são apenas veículos para que as partes cheguem a um acordo, na arbitragem, se as partes não celebrarem transação, o árbitro deverá decidir a controvérsia, tal como se fosse o juiz da causa³⁴⁹.

Não deve a mediação ser vista como forma mágica de reduzir processos judiciais ou atingir metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais de Justiça Estaduais, mas uma nova forma de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas são protagonistas na resolução do problema que se coloca.

A mediação em verdade consiste em um meio não violento de elaborar conflitos e definitivamente não é um meio milagroso de resolução do problema de excesso de litígios produzidos pela sociedade. E mais. Trata-se de método de promoção da paz social, ou seja, os conflitos e diferenças existem mas precisam ser administrados pelas partes envolvidas.

Não é objetivo da mediação encontrar o consenso entre as partes, mas possibilitar o encontro de um ajuste sustentável entre elas.

Denise Maria Perissini da Silva salienta que “Ao contrário do que se pensa, mediação não é “fazer as pazes”, a mediação não busca “fazer o acordo”, mas resolver o conflito por meio de comunicação assistida/viabilizada por um terceiro imparcial”³⁵⁰.

Atualmente tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei para a institucionalização da mediação, quais sejam: projeto de lei n.º 4.827/1998³⁵¹, de autoria da

³⁴⁹BEDÊ, Judith Aparecida de Souza; FERENC, Lissa Cristina Pimentel Nazaret; RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudos Preliminares sobre Mediação**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, 08. jul. 2008, p. 167.

³⁵⁰SILVA, Denise Maria Peressini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009. p.118.

³⁵¹Projeto de Lei n.º 4827 de 1998 - Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. (A comissão de Constituição e Justiça e de Redação -Art.24, II) O Congresso Nacional Decreta

Art.1º. Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único - É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência pratica adequada a natureza do conflito.

§1º. Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoa físicas que atendam as exigências deste artigo.

§2º. No desempenho de sua função, o mediador devera proceder com imparcialidade, independência, competência, diligencia e sigilo.

Art. 3º. A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, já aprovado no Senado Federal, em revisão, sob o título de Lei da Câmara 94, de 2.002, e “Institucionaliza e disciplina a mediação comom método de prevenção e solução consensual de conflitos”. Atualmente aguarda “Encaminhamento na Coordenação de Comissões Permanentes (CCP)”. O outro projeto de lei de n.º 505/2007³⁵², que tramita na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Federal

Art. 4º. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3(três) meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo Único - O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode recusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a numeração dos peritos.

Art. 5º. Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º. Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º. Esta lei entra em vigor a data de sua publicação.

Zulaiê Cobra Ribeiro Deputada Federal - PSDB/SP

³⁵²PROJETO DE LEI Nº 505, DE 2007 (Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)

Altera dispositivo do Código Civil para inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e divórcio.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta lei insere no Código Civil a recomendação de incentivo à mediação familiar na regulação dos efeitos da separação e divórcio.

Art. 2º. O art. 1.571 da Lei 10.406 – Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 1.571..... § 3.º Na separação e no divórcio deverá o juiz incentivar a prática de mediação familiar”.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente Projeto de Lei foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, idéia também defendida pelo ilustre Deputado Antonio Carlos Biscaia.

O instituto da mediação é um conhecimento teórico que já se organizou suficientemente para ser reconhecido pela comunidade jurídica brasileira, depois de uma criteriosa discriminação entre os equivalentes jurisdicionais - mediação, conciliação e arbitragem – para conceituar a mediação como uma linguagem.

A mediação fundamenta-se teoricamente na linguagem ternária, regida pela conjunção e em lugar de ou (esta de linguagem binária), comportando infinitas alternativas para uma determinada situação, de acordo com os recursos pessoais dos litigantes e do mediador. Trata-se da dinâmica da intersubjetividade, visando ao exercício da humanização do acesso à justiça. A linguagem ternária representa a concretude da filosofia da discussão (Habermas), em que tudo se constrói pela comunicação, pela necessidade do diálogo, pela humanidade, enfim, pela ética da discussão.

A mediação familiar fundamenta-se na cultura de paz – e não pela mera pacificação dos conflitos como o é a conciliação – constituindo o ideal fundante do movimento da Association pour la Promotion de la Médiation - APPM, legitimada e reconhecida pela Comunidade Européia, cujo critério de natureza universal adotado para recomendar a inserção do instituto no Código Civil dos países integrantes daquele bloco pode ser acolhido para fundamentar a inclusão da mediação no Código Civil de 2002.

“A entrada explícita da mediação familiar no Código Civil permitirá uma reflexão diferente sobre as funções da justiça, que deve garantir uma resposta, seja ela institucional ou não”. Eis o fundamento que autoriza a

Sergio Barradas Carneiro, “Altera dispositivo do Código Civil para inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e divórcio”. Este projeto foi apensado ao Projeto de Lei n.º 505/2007, que “Altera e revoga dispositivos do Código Civil, que dispõe sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges e dá outras providências correlatas”. Atualmente encontra-se “Pronto para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)”.

Atualmente a mediação vem sendo bastante aplicada pelo poder judiciário nos processos que tramitam nas varas especializadas que lidam com direito de família, mas ainda assim, seu uso e adequada aplicação é incipiente.

É importante ressaltar que a aplicação da mediação nas relações familiares permite a convivência das diversidades de cada um dos sujeitos de direito que as compõem.

A mediadora francesa Jacqueline Murret define mediação familiar nos seguintes termos “A mediação familiar é, portanto, no interesse da criança, um acompanhamento dos pais, por meio da gestão de seus conflitos, para uma tomada de decisão rápida, jurídica, eficaz, de soluções satisfatórias graças à evolução do senso de responsabilidade dos genitores”³⁵³.

Quando o mediador é convocado a participar de um processo de separação, encontra, em regra, uma situação conflituosa, fortemente marcada por sentimentos ainda não resolvidos de forma integral, na qual as pessoas envolvidas estão traumatizadas e autocentradas, ou seja, cada um dos cônjuges em conflito está pensando apenas em si mesmo, em como viver essa nova vida, em como enfrentar a condição de “descasado” ou apenas em como sair daquela situação com o menor prejuízo moral e econômico possível.

Diante do quadro acima traçado, as perguntas feitas por quem está de fora são: e os filhos, onde ficam nesse conflito? E seus interesses? E suas vontades? Pois a verdade é que, na maior parte dos casos, os cônjuges de imediato, ou seja, de forma espontânea, não pensam nos filhos, na reação que vão ter diante do fim do relacionamento dos pais, não indagam se o fim do casal conjugal trará algum dano aos filhos, se haverá alteração nos sentimentos dos filhos ou se sentirão medo ou insegurança.

inserção do instituto da mediação no Código Civil, outorgando-lhe o status necessário para a humanização do Direito de Família.

Sala de Sessões, 19 de março de 2007.

Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO PT/BA

³⁵³ MURRET, Jacqueline. *La médiation familiale: une culture de paix*. Perpignan: Ateliers de la Licorne, 1996, p. 37.

Fundamentada na ética da comunicação, e não necessariamente na contabilidade de perdas e ganhos, a mediação desponta como imprescindível ferramenta para os profissionais do Direito no trato das demandas familiares. Mais do que a urgente resolução de um caso, trata-se de cuidadosa escuta dos envolvidos, então elevados à condição de protagonistas das próprias histórias.

Como já mencionado, a mediação é um meio amigável de gestão de conflitos que consiste na livre autodeterminação das pessoas conflitantes (mediandos ou mediados), na construção de possíveis caminhos para a condução do conflito e, dependendo da vertente acadêmica, na colocação, como objetivo, de sua transformação ou na obtenção de um acordo. Esse processo é conduzido por um terceiro neutro, facilitador da comunicação e consenso entre as partes, o mediador.

A mediação, nas palavras da Professora Águida Arruda Barbosa, dá-se

[...] por meio de linguagem ternária, de inclusão, regida pela conjunção “e” em lugar de “ou” (esta de linguagem binária), comportando infinitas alternativas para uma determinada situação, de acordo com os recursos pessoais dos litigantes e do mediador. Trata-se de dinâmica da intersubjetividade, visando ao exercício da humanização do acesso à justiça, afastando qualquer forma de julgamento³⁵⁴.

Para a Professora Águida Arruda Barbosa³⁵⁵, esta linguagem ternária representa a concretude da filosofia da discussão, conforme colocada por Jürgen Habermas, em que tudo se constrói pela comunicação, pelo diálogo, pela ética da discussão. Já a conciliação nesse enfoque retrataria uma linguagem binária, assim como a jurisdição do Estado e a arbitragem, e se insere na lógica da exclusão, contendo julgamento, o que se explica pelo jargão popular “melhor um mau acordo que uma boa demanda. Outra diferença entre conciliação e mediação é que na mediação o objeto não é o acordo, mas sim a comunicação, e a conciliação só ocorre se houver acordo, sem nenhuma preocupação com a humanização do acesso à justiça.

A mediação é, sim, uma maneira amigável de gestão de conflitos, ou, como usualmente denominada, um meio alternativo de resolução de conflitos ao lado da conciliação, arbitragem e negociação. Alternativo no sentido de ser outra via em relação ao Poder Judiciário. Amigável porque ainda que as partes estejam em intenso conflito em um ponto, ao menos acordaram em participar de um procedimento mediatório.

³⁵⁴ BARBOSA, Águida Arruda. **Educação para a Paz**. In Boletim IBDFAM, n.º 67, ano 11, março/abril de 2011, p.3.

³⁵⁵ Ibidem.

Assim, a mediação deve ser sempre uma faculdade, ainda que alguns países prevejam a mediação pré-processual com caráter obrigatório como, por exemplo, a Argentina.

A mediação, além da livre-determinação, também tem por característica, se não a principal, ser um procedimento que propõe a construção conjunta de caminhos que possam levar à transformação ou resolução do conflito.

A mediação nasce como transdisciplina, pois é fruto de vários saberes de outras ciências, que juntos, constituem um novo paradigma de abordagem de conflito. E mais. Pode ser um grande recurso a ser utilizado nas questões familiares, em especial nas disputas pela guarda dos filhos.

A mediação é um meio eficaz de condução de conflitos, porque a solução para o impasse é construída pelos envolvidos no conflito, e não imposta pelo Estado. Evoca a responsabilidade das partes e, portanto, tem maior chance de sustentabilidade ao longo do tempo.

A mediação pode, sim, colaborar em muitos conflitos havidos na área do direito de família.

O Código Civil Brasileiro, no inciso I do artigo 1.584, traz a previsão de que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles em ação autônoma. O inciso II do mesmo dispositivo prevê a possibilidade de decretação pelo juiz da guarda compartilhada, sem consenso parental, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão de distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Contudo, conforme já trazido neste estudo acredita-se não ser aconselhável a decretação *ex officio* da guarda compartilhada para pais que não estejam em consenso.

O modelo da guarda compartilhada requer compartilhamento entre pai e mãe de decisões e atitudes cotidianas em relação ao exercício dos deveres e direitos relativos aos filhos em comum.

Compartilhar a guarda significa agir em uníssono e em conjunto em várias situações que, já são de condução difícil para pais que convivem sob o mesmo teto e têm laços afetivos que os unem e muito mais difícil será para pais desunidos e em discórdia, o exercício da guarda compartilhada imposta por decisão judicial.

Acreditamos também que um magistrado não decretará a guarda compartilhada sem o consenso parental, se não tiver firme convicção de que será em prol do bem-estar dos

filhos. É nesse sentido que o parágrafo segundo do artigo 1.584 do diploma civil traz a expressão “sempre que possível” como condição para aplicação da guarda compartilhada.

Diante da grande possibilidade de inexistência de consenso entre os genitores em relação aos filhos, mas também diante do reconhecimento de que o modelo da guarda compartilhada pode trazer muitos benefícios e atender ao melhor interesse dos menores, é que se vê necessária a promoção do consenso entre os genitores, ainda que este não exista de imediato. Para tanto, tem-se proposto o encaminhamento dos pais à mediação, como instrumento de construção de uma guarda compartilhada sustentável.

Assim, caso não haja acordo parental quanto à guarda dos filhos e se tenha por base a proteção integral dos próprios filhos, entendemos haver dois caminhos: 1) a construção do consenso parental para a obtenção da guarda compartilhada ou 2) a estipulação da guarda unilateral para o genitor que apresentar as melhores condições de exercê-la.

A guarda compartilhada torna-se sustentável na medida em que acordos possíveis de serem cumpridos foram estabelecidos pelos próprios pais e não lhes foram impostos por decisão judicial.

Enxerga-se na mediação um instrumento adequado e eficaz para a construção do consenso parental tão importante no encontro de soluções para casos que envolvam questões de família, como a guarda compartilhada, abrindo uma oportunidade de elaboração de escolhas apropriadas para cada caso, escolhas essas pensadas, construídas e decididas pelos próprios pais em prol do bem-estar dos filhos.

A mediação ao nosso ver pode colaborar muito nos conflitos em que a alienação parental se faz presente, por possibilitar que aqueles conflitos que seriam objeto de processos judiciais longos, dolorosos e insolúveis, sejam transformados em diálogo, em decisões compartilhadas.

Nos casos em que se faz presente a alienação parental, caberá ao mediador encaminhar a ou as partes envolvidas para acompanhamento psicoterapêutico, orientar o alienante, uma pessoa que necessariamente precisa de ajuda, de intervenção terapêutica emergencial, e ainda dar suporte à parte alienada, antes de iniciar efetivamente a mediação familiar.

Ivan Aparecido Ruiz, Valéria Silva Galdino Cardin entendem que

No caso específico da alienação parental, pelas suas próprias circunstâncias e características, como demonstrado acima, onde a conduta de um dos cônjuges objetiva afastar o filho do outro cônjuge com atitudes

que não se recomenda, não poderia ser diferente, É, pois, a mediação altamente recomendada como forma de pacificação familiar e social³⁵⁶.

Jussara Scmitt Sandri vai além e afirma que

Quando o caso concreto se mostrar mais grave, ou seja, quando o conflito já passou da alienação para a síndrome da alienação parental, na qual o próprio filho passa a aceitar como verdades as mentiras do alienador, a mediação familiar, com a participação de um corpo de profissionais multidisciplinar, poderá ser ainda mais eficiente³⁵⁷.

Cumprе ressaltar que um dos artigos da Lei n.º 12.318/2010 que trata da alienação parental vetados pelo Presidente da República foi o artigo 9º³⁵⁸ que mencionava justamente a aplicação da mediação. As razões do veto foram as seguintes:

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.

Desta forma, o veto relativo ao artigo 9º diz respeito à suposta impossibilidade de mediação como forma de solução de conflitos envolvendo a alienação parental, sob o fundamento de que haveria indisponibilidade do direito de convivência familiar da criança e do adolescente.

Conforme já colacionado antes, não há concordância nossa com a fundamentação do veto presidencial, em especial, porque os conflitos familiares são antes de tudo, conflitos afetivos, e muitas vezes o ambiente hostil dos tribunais cria uma barreira, que dificulta a comunicação entre as partes e a real solução do conflito, e a morosidade do judiciário terá consequências irremediáveis na formação psicológica da criança e adolescente e certamente

³⁵⁶ RUIZ, Ivan Aparecido; CARDIN, Valéris Silva Galdino. A mediação na alienação parental: uma via aberta para pacificação familiar, como forma de acesso à justiça. In: Congresso Nacional Conpedi, 19, 2010. Florianópolis. **Anais...**, p. 167-194. Florianópolis; Fundação Boiteux, 2010. p.191.

³⁵⁷ SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 182.

³⁵⁸ Lei n.º 12.318/2010 - Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.

poderá não dar a resposta à prática alienadora da forma e no tempo necessários, “uma vez que a percepção infantil da noção do tempo é diferente da de um adulto, e mais grave ainda quanto menor a idade da criança”³⁵⁹.

Neste sentido Tatiana Robles menciona que

As pessoas envolvidas em uma controvérsia familiar encontram-se em um estado de confusão de sentimentos, de sofrimento, abaladas psicologicamente e, muitas vezes, incapazes de tomar decisões consciente e sensatas sobre as questões referentes às suas próprias vidas, aos seus futuros. Até porque essas decisões devem se referir a todos os membros da família e a comunicação entre esses se encontra interrompida. Em razão disso, acabam por delegar a um Poder Judiciário ineficiente o poder de proferir essas decisões³⁶⁰.

A sentença como verdade formal, muitas vezes torna-se ineficaz e não produz o efeito esperado pelas partes, porque não pacifica a demanda, pois o judiciário com suas limitações e apenas com o uso da lei, torna-se incapaz de solucionar satisfatoriamente os conflitos familiares, em especial, os que envolvam alienação parental, e também não consegue suprir as reais necessidades das pessoas envolvidas, surgindo então, novas demandas judiciais, forma-se um ciclo de disputas intermináveis.

A mediação, conforme já mencionado, representa prática antiga através da qual um terceiro neutro e imparcial auxilia as partes a restabelecer o diálogo e, se for o caso, a chegarem a um acordo, transformando o conflitos em soluções viáveis, promovendo desta forma a dignidade da pessoa humana, sendo que nos casos de alienação parental, sempre estar-se-á pautado no melhor interesse da criança e do adolescente.

Desta forma, acredita-se que a mediação possa ser sim aplicada nos casos de alienação parental, seja na forma da prevenção, seja quando a síndrome já estiver instalada, judicial ou extrajudicialmente, uma vez que prioriza os interesses da criança, valorizando a parentalidade responsável e a manutenção do vínculo paterno filial.

Manter o vínculo vital entre pais e filhos, além de evitar transtornos irremediáveis na vida desses últimos e consequências graves à formação de seu caráter e personalidade, certamente é mais saudável do que deixar o filho à mercê de práticas alienadoras e condená-lo em muitos dos casos à condição de órfão de pai vivo.

Vale ressaltar que em novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução de n.º 125³⁶¹ indicando aos Tribunais a necessidade de desenvolvimento de

³⁵⁹SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2010, p 80.

³⁶⁰ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. São Paulo: Ícone, 2009, p.13.

³⁶¹Resolução 125 – Conselho Nacional de Justiça de 29/11/2010 – segue como ANEXO B.

políticas de pacificação, com destaque para a conciliação. Apesar de a iniciativa ser louvável, por promover campanha nacional de pacificação social, o que é próprio da conciliação, que não visa à humanização do acesso à justiça mas, principalmente, a que haja uma redução de processos no Judiciário, tal Resolução acabou por confundir conciliação com mediação, como se fossem palavras sinônimas. Perdeu-se ótima oportunidade de promover campanha para estimular a discussão, o conhecimento da mediação no cenário jurídico brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça adotou o modelo desenvolvido nos Estados Unidos, onde fazem uso indiscriminado dos termos mediação e conciliação, como sinônimos, visto que naquele país a tradição é o litígio como única forma de solução de conflitos.

É importante enfatizar que a mediação familiar fundamenta-se na cultura da paz, nos modelos instituídos pelo programa da Unesco, que visa a educar para buscar a justiça sem violência. Já a pacificação dos conflitos, como ocorre com a conciliação na cultura norte-americana, visa à homogeneização dos conflitos e das pessoas, sem espaço para privilegiar as diferenças individuais, reclamadas a partir da recepção do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal.

Na França, a mediação está em plano de excelência tanto na fundamentação teórica como na organização da prática social; as pessoas já conhecem e reconhecem esse meio de acesso à justiça e procuram os centros privados de prestação desse serviço especializado. Já houve mudança de comportamento dos jurisdicionados que buscam a justiça doce, como costumam qualificar a mediação.

5. DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE COMO BALIZA À ALIENAÇÃO PARENTAL

O direito brasileiro positivo somente sistematizou os direitos da personalidade com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002). Esse diploma em sua parte geral, traz capítulo específico sobre os direitos da personalidade, até então reconhecidos e tutelados apenas pela jurisprudência e pela doutrina.

Visando a compreender a importância dos direitos da personalidade e seu conteúdo, pretende-se fazer uma análise dos antecedentes do Código Civil de 2002 e posterior ao advento de tal diploma.

A omissão do Código Civil de 1916 retardou a confirmação da ampla tutela dos direitos da personalidade da pessoa humana. O *Codice Civile* da Itália de 1942, em seus artigos 5º a 12 já fazia referência aos direitos da personalidade, abarcando a ideia da tutela. Os demais códigos europeus também previram a tutela dos direitos pessoais do ser humano, quando de sua promulgação.

Bem verdade é que esse movimento de tutela dos direitos da personalidade resulta do ambiente pós-guerra mundial, período de dor e sofrimento de toda a humanidade, que contribuiu para o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1948. A humanidade precisava enterrar os períodos de violação de direitos e de hostilidades. Para atingir esse objetivo, a pessoa humana passou a ser o centro de todo o sistema político-institucional.

Nesse sentido, declara Elimar Szaniawski

Consoante afirmamos acima, a ordem jurídica tem por principal destinatário o homem, protegendo sua dignidade e garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade. Daí consistir o direito de personalidade em um direito de categorias especiais, de proteção e respeito a todo ser humano³⁶².

Por todas essas razões, os direitos da personalidade entraram no ordenamento jurídico com o preciso propósito de salvaguardar a pessoa em seus valores.

Segundo Elimar Szaniawski, segue afirmando

O Estado de direito não pode sobreviver sem essa tutela, eis que o destinatário de toda a ordem jurídica é o ser humano, centro gravitacional

³⁶²SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

de um sistema que se mantém estável em razão da energia representada por esses valores.³⁶³ [...] a ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de sistemas, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade³⁶⁴.

Rui Stoco assinala que “[...] esses direitos são oponíveis *erga omnes*, posto que imateriais e não submetidos à possibilidade de perda ou aquisição pelo decurso do tempo, coerente com o entendimento de que são absolutos e sempre impõem a obrigação de respeito”³⁶⁵.

Nesse sentido, os direitos da personalidade são aqueles componentes de valor capazes de justificar *o modus procedendi* das pessoas em referência ao próximo ou nas relações com o ambiente social.

Nas palavras da Professora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf

[...] a raiz dos direitos da personalidade remonta aos pensadores da escola do direito natural que teve égide no período Iluminista e Idealista do século XVIII. Kant fundou sua teoria e sistema jurídico no valor da liberdade, que para ele era um direito inato e definiu os direitos pessoais como a posse ou o arbítrio que o homem possuía e que poderia gerar certa ação. Concebeu o direito do homem como uma expressão real do direito pessoal. Associava o valor fundamental da pessoa humana ao princípio da liberdade. Suas idéias influenciaram todo o pensamento filosófico³⁶⁶.

Fabio de Mattia ressalta que

[...] há autores que afirmam que os direitos humanos são em princípio os mesmos da personalidade; mas, quando fala-se de direitos humanos referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los das arbitrariedades do Estado. Quando nos deparamos com os direitos da personalidade, nos encontramos, diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, devendo defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas³⁶⁷.

No período que antecedeu o Código Civil de 2002 havia falta de previsão normativa específica sobre o tema dos direitos da personalidade, mas tal lacuna não foi óbice à tutela dos bens jurídicos da personalidade.

³⁶³SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

³⁶⁴Ibidem, p. 58.

³⁶⁵STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1.631.

³⁶⁶MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

³⁶⁷DE MATTIA, Fábio M. **Direitos da personalidade: aspectos gerais**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 2, jan./mar. 1978, p.35.

No direito positivo já havia a tutela penal abarcando, por exemplo, os crimes contra a vida, a integridade física e a liberdade, entre outros; sendo que indiretamente essa tutela acarretava a responsabilidade civil do agente.

No direito positivo, a proteção aos bens da personalidade sempre teve ligação com a responsabilidade civil. O Código Civil de 1916 trazia disposições expressas a respeito do ressarcimento dos danos causados a determinados direitos da personalidade, tais como a indenização em caso de homicídio (artigo 1.537), indenização em caso de ofensa à integridade física (artigos 1.538 e 1.539), indenização por ofensa à honra (artigo 1.547), indenização por violação da liberdade pessoal (artigos 1.550 e 1.551) e indenização por ofensa à liberdade sexual das mulheres (artigos 1.548 e 1.549), entre outros.

Outras leis também cuidaram dos bens da personalidade, tais como a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/1967), a Lei do Direito Autoral (Lei n.º 5.988/1973 e Lei n.º 9.610/1998), a Lei de Transplantes (Lei n.º 9.434/1997).

Diante do contido na doutrina estrangeira, o Brasil lançou as bases científicas do novo instituto e passou a desenhar os contornos dos direitos da personalidade, em especial, afirmando a existência dessa categoria de direitos, fixando seus atributos, delimitando os bens jurídicos tutelados, como a honra, a imagem e a vida privada, entre outros e descrevendo a tutela possível.

Goffredo da Silva Telles Jr. assim definiu os direitos da personalidade

Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a socialidade, a reputação, a honra, a imagem, a privacidade, a autoria, entre outros. Definiu ainda a personalidade como o conjunto de caracteres da própria pessoa, sendo dessa forma objeto de direito³⁶⁸.

Daisy Gogliano afirma que

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, são prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico para abarcar todas as formas de expressão do direito, assegurada pelos meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade. Demonstram-se estes, ainda, num sentido estrito, como aspectos individualíssimos da pessoa humana sobre si mesmo, e num sentido lato, além deste, respeitam-se também as emanções e prolongamentos. Decorrem, outrossim, da necessidade da preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial³⁶⁹.

³⁶⁸TELLES, Jr. Goffredo. **Direito subjetivo**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 28, p. 315-316.

³⁶⁹GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. 1982. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 404.

O trabalho da base científica foi recepcionado pela jurisprudência que passou a reconhecer e a tutelar os direitos da personalidade mesmo sem que houvesse legislação específica a respeito. Foi com base nos princípios gerais do direito, nos princípios constitucionais e na aplicação da cláusula geral da responsabilidade aquiliana que a construção das teses de defesa dos bens jurídicos tutelados foi realizada.

Houve tentativa de introduzir a regulamentação dos direitos da personalidade no direito positivo por meio do Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes.

Orlando Gomes, em 1963, anotava que os códigos tinham cunho individualista “esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontrava terreno próprio à sua livre e necessária expansão”³⁷⁰.

Ainda para Orlando Gomes

[...] sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se, os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que, a doutrina moderna preconiza, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos³⁷¹.

No Anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes, os direitos da personalidade eram disciplinados na Parte Geral do Código, no Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Físicas, Capítulo III – artigos 29 a 37.

A Constituição Federal de 1988, afastando qualquer dúvida que houvesse a respeito da existência dos direitos da personalidade, expressamente tratou da referida doutrina, além de haver reconhecido as liberdades públicas, previu a existência do direito à intimidade, vida privada, imagem e honra, tendo também tratado da indenização dos danos materiais e morais, afastando qualquer dúvida que ainda existisse a respeito da ressarcibilidade dos danos morais.

No mês de janeiro de 2002, foi promulgado o novo Código Civil Brasileiro – Lei n.º 10.406. Tal como no Anteprojeto Orlando Gomes, os direitos da personalidade estão regulados no novo código civil na Parte Geral, no Livro I (Das pessoas), no Capítulo II (artigos 11 a 21 do Título I, destinado às pessoas naturais).

No Código Civil de 2002 foram inseridas normas que tratam do regime geral dos direitos da personalidade e normas que tratam de alguns direitos específicos.

³⁷⁰Memória Justificativa do Anteprojeto de reforma do Código Civil, p. 159. In: Código Civil: anteprojetos.

³⁷¹GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 131-132.

Vale mencionar o artigo 11³⁷² trata dos atributos dos direitos da personalidade, entre eles o fato de serem intransmissíveis, irrenunciáveis e seu exercício não poder sofrer limitação voluntária. Se reconhece a existência de outros atributos aos direitos da personalidade, além dos expressamente previstos no código, mas por opção legislativa foram elencados atributos referentes à indisponibilidade dos direitos da personalidade.

O caput do artigo 12³⁷³ do referido diploma legal trata da tutela conferida aos bens da personalidade, com previsão de tutela inibitória e ressarcitória, tema este que será objeto de abordagem neste trabalho.

Os demais dispositivos (parágrafo único do artigo 12 ao artigo 21) tratam da identificação de alguns direitos da personalidade específicos, relacionados ao nome, à disposição do corpo, à aplicação dos direitos da personalidade quanto aos mortos e à vida privada entre outros. Duas grandes indagações são feitas: os direitos da personalidade são exclusivamente os regulados de forma expressa pelo código civil brasileiro ou não, e existem outros bens jurídicos da personalidade que possuam proteção legal ou não. Tais indagações também serão objeto de abordagem mais a diante.

5.1 Noção e compreensão dos direitos da personalidade

5.1.1 Direito geral da personalidade

Os doutrinadores, em sua grande maioria, afirmam que o direito geral da personalidade tem natureza jurídica de conceito indeterminado, o que seria vantagem, pois permitiria, pela largueza de sua descrição, contemplar variadas situações.

Segundo Alessandro Somma, a jurisprudência alemã define o direito geral da personalidade como “o direito do indivíduo a obter respeito graças a sua própria dignidade e a formar autonomamente a própria individualidade; um direito reconhecido não só contra

³⁷²CC - Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

³⁷³CC - Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

o Estado e seus órgãos, mas também contra qualquer um que viole no tráfego jurídico privado”.³⁷⁴

A ideia fundamental é o reconhecimento de que toda pessoa, pela simples condição de ser pessoa, é dotada de certa dignidade, que deve ser preservada contra qualquer comportamento lesivo.

A violação da personalidade fere essa dignidade e deve ser a todo custo proibida e sancionada.

Deve-se compreender que a personalidade é um todo complexo, formado pela parte física e espiritual, que precisa ser tutelado globalmente. Acrescente-se a ideia de que esse direito é limitado pelo igual direito das outras pessoas e pela necessidade de garantir a harmônica convivência social.

Considerando-se todas as questões acima mencionadas, é possível chegar a algumas definições a respeito do direito da personalidade. Vejamos a definição trazida por Enéas Costa Garcia

O direito geral da personalidade é o conceito indeterminado normativo segundo o qual a pessoa deve ser tutelada globalmente em todos os aspectos que compõem a sua personalidade (físico, espiritual, moral), prevenindo e sancionando qualquer comportamento antijurídico que represente menoscabo à dignidade humana, frustrando ou embaraçando o livre desenvolvimento da personalidade do titular³⁷⁵.

Ainda para compreender o conceito trazido por Enéas Costa Garcia, é importante mencionar a definição de “conceito jurídico indeterminado” trazida por Karl English.

Nas palavras de Karl English, um conceito jurídico indeterminado significa que possui seu conteúdo e extensão permeados de incerteza e insegurança, contrariamente aos conceitos absolutamente determinados, que compreendem, em regra, os conceitos numéricos³⁷⁶. Ocorre que *os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte* possuindo uma porção conhecida e definida, consistente no núcleo conceitual e outra denominada halo conceitual, responsável pela incerteza do conceito, como exemplifica o autor:

³⁷⁴SOMMA, Alessandro. *I diritti della personalità e Il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Dott. A. Giuffrè, n. 3, p. 807-35, set. 1996, p. 811.

³⁷⁵GARCIA, Enéas Costa. *Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2007, p. 87.

³⁷⁶ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª edição. Tradução de J. Baptista Machado. Tradução do original alemão intitulado: *EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN 8, neu bearb. Auflage, 1983 VERLAG W. KOHLHAMMER GmbH. Stuttgart*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p.208-210.

É certo e seguro que, verificado um parto bem sucedido e o nascimento de uma criança de progenitores humanos, estamos em presença de um "homem" em sentido jurídico; mas já não tem resposta tão segura a questão de saber se e em que momento nos encontramos perante um "homem" (e não já um simples "feto") logo durante os trabalhos de parto (depois de iniciadas as contrações). Esta questão receberá mesmo diferentes respostas consoante os diferentes ramos do Direito: para o Direito civil, somente temos um homem dotado de "capacidade jurídica" com o termo do nascimento, ao passo que, segundo o Direito penal, já "durante o nascimento" (mas a partir de que momento?) existe um "homem" que pode ser objeto de um assassinato, de um homicídio voluntário ou de um homicídio por negligência.

A conceituação do direito geral da personalidade como “conceito indeterminado” visa a demonstrar a inegável abertura do sistema jurídico que o referido instituto propicia, contrapondo-se à concepção fechada dos direitos típicos da personalidade.

Cumprе mencionar que a proteção exigida pela dignidade da pessoa humana não se limita aos direitos típicos previstos no código civil brasileiro. Por sua vez, a tutela dos direitos da personalidade exige essa “abertura” do sistema para que sejam ponderadas as situações conflituosas e delineados os limites de eventuais direitos.

A proteção dos direitos da personalidade deve incidir preventivamente impedindo que a lesão ocorra, conferindo meios destinados a afastar a ameaça iminente ou impedindo a continuação ou reiteração dos comportamentos ofensivos.

Na impossibilidade de evitar a lesão, o direito geral da personalidade assegura a necessária reparação dos danos causados, tanto no aspecto material quanto moral. Neste ponto, para San Tiago Dantas reside um dos problemas mais delicados da técnica jurídica, a reparação das lesões sofridas pelos direitos da personalidade³⁷⁷.

Importante é mencionar que o direito geral da personalidade não pode ser desvirtuado de modo a se tornar a panaceia para todos os problemas jurídicos que envolvam a pessoa. Daí a necessidade de restringir seu conteúdo àquele mínimo indissociável da dignidade da pessoa humana.

A determinação desse núcleo essencial do direito geral da personalidade passa pela delimitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

O conceito jurídico atual da dignidade da pessoa humana toma a dignidade como algo intrínseco à pessoa, como um elemento próprio da condição humana. A dignidade é um valor de toda pessoa, independentemente da forma pela qual se comporta.

³⁷⁷SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de Direito Civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, Parte Geral, cap. XIV, p.191 ss.

A doutrina sustenta que a natureza principiológica da dignidade da pessoa humana afasta o caráter absoluto, pois por definição o princípio é sempre ponderável e pode ceder diante da aplicação de outro princípio, preponderante no caso. Dessa forma, se a dignidade da pessoa humana fosse uma norma absoluta não mais seria princípio.

Robert Alexy ressalta que “o fato de o princípio da dignidade humana geralmente prevalecer diante de outros princípios constitucionais não significa que ele seja absoluto, apenas não existem outras razões jurídico-constitucionais para sua suplantação”³⁷⁸.

Antonio Junqueira de Azevedo faz uma rica construção a respeito da dignidade humana. Esse autor traz uma hierarquia quanto aos componentes da dignidade humana. Vejamos:

A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante é um preceito jurídico absoluto; é um imperativo jurídico categórico. Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são imperativos jurídicos relativos. Apesar disso, em princípio, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia³⁷⁹.

5.1.2 Direitos da personalidade

A palavra personalidade tem origem etimológica na expressão do latim *persona*, que representa as máscaras utilizadas pelas pessoas nos teatros romanos, em apresentações públicas, nas quais se relatavam fatos ocorridos no meio social.

³⁷⁸ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*, trad. esp. De Ernesto Garzón Valdés. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 106.

³⁷⁹AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 797, p. 11-26, mar. 2002, p. 19.

A pessoa humana como já estudado acima é o fim último da proteção das leis, e a pessoa representa o ente existente ainda antes da personalidade, pois esta se traduz em uma expressão jurídica para o ser humano existente na pessoa, antes da própria vida social. É justamente para a pessoa humana que a sociedade existe.

O Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 1º³⁸⁰ que toda pessoa é capaz de direitos e deveres. Houve aqui mudança conceitual do Código Civil de 1916 para o Código Civil atual; no anterior utilizava-se a expressão “homem”. O Código Civil não traz conceito de “pessoa”, o que inicialmente causou alguma indisposição doutrinária, hoje já resolvida.

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz um valor fundante e sobre ele se constrói a Constituição Federal de 1988 e demais legislações nacionais. E justamente nesse princípio que se encontra a ideia central dos direitos da personalidade, a ideia de respeito à pessoa humana.

Adriano de Cupis afirma que personalidade “não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o fundamento e pressuposto”.³⁸¹

Wanderlei de Paula Barreto ensina que

Personalidade é o reconhecimento da ordem jurídica atribuído à pessoa física ou natural e à pessoa jurídica credenciando-os a atuarem na vida jurídica e a integrarem relações jurídicas” (...) “a personalidade, portanto, constitui-se de: capacidade de direito, capacidade de fato e de um patrimônio (material e moral). Integram o patrimônio moral os chamados direitos materiais ou direitos da personalidade³⁸².

Só é possível compreender os direitos da personalidade se bem entendida a importância da pessoa humana e a sua dignidade assegurada pela Constituição Federal do Estado Democrático de Direito.

Inúmeros conceitos existem a respeito dos direitos da personalidade, valendo trazer alguns a este singelo estudo. Vejamos.

A Professora Maria Helena Diniz afirma que o Direito da Personalidade “é o direito de a pessoa defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc.”.³⁸³

³⁸⁰CC - Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

³⁸¹CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p.21.

³⁸²BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro**. Parte Geral. (Arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 38-39.

³⁸³DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 1º volume. 24ª ed. ver. atual. De acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119-120.

Erasmus Ramos entende que “o direito de personalidade é o direito que tutela (direito objetivo e posteriormente subjetivo) as relações jurídicas nas quais a personalidade é tida como objeto de litígio, ou seja, casos nos quais a personalidade venha a ser ameaçada ou ferida por outrem”³⁸⁴.

Arnold Wald entende que “Direitos da Personalidade equivalem a Direitos personalíssimos, e são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular”³⁸⁵.

Já o professor Carlos Alberto Bittar entende que

Os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)³⁸⁶.

Wanderlei de Paulo conceitua Direito da Personalidade como

[...] cada uma das expressões determinadas do poder que tem a pessoa sobre o todo ou sobre as partes da sua integridade física, moral, psíquica e intelectual, em vida e, em alguns casos, após a morte, e que constituem um mínimo necessário e apto a garantir a dignidade da pessoa e o amplo desenvolvimento da personalidade³⁸⁷.

A sociedade moderna e a pós-moderna não mais se satisfazem com a proteção idealizada por Thomas Hobbes no Estado de Leviatã, onde a finalidade do Estado é a segurança pessoal, que não pode vir da lei da natureza, mas abarcam muitos outros direitos, inseridos e protegidos na atualidade pelos Direitos da Personalidade. Entre esses muitos direitos da personalidade, o direito à proteção a vida privada assume papel de destaque.

Fazendo uma análise mais técnica do conceito dos “direitos da personalidade” é possível identificar que a doutrina traz diversos posicionamentos a esse respeito.

Para os doutrinadores positivistas, como de Cupis e Tobeñas os direitos da personalidade têm função especial em relação à personalidade, constituindo um *minimum* necessário e imprescindível a seu conteúdo. Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto, todos os

³⁸⁴RAMOS, Erasmo M. **Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha**. RT Fasc Civ. A 91. V. 799, p.15, maio de 2002.

³⁸⁵WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro. Introdução e parte geral**. 8ª ed. ver., ampl. e atual. Com a colaboração do Prof. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 1, p. 121.

³⁸⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 10.

³⁸⁷BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro**. Parte Geral. (Arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 107.

outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo; são, pois, direitos essenciais que formam a medula da personalidade.

Os positivistas acreditam que os direitos da personalidade constituem, em sua maioria, direitos inatos, mas apenas devem ser incluídos como direitos da personalidade os reconhecidos pelo Estado, ou seja, apenas reconhecem aqueles direitos previstos no ordenamento positivo.

Já os naturalistas como Limongi França salientam que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição humana e não se reduzem a normas positivas.

Carlos Alberto Bittar se situa entre os naturalistas e entende que “os direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo, em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária.”³⁸⁸.

Digno de menção é o fato de ser no âmbito familiar que se observa a predominância dos direitos da personalidade, em virtude da convivência íntima que se opera entre os componentes da sociedade conjugal. É nas relações entre pais e filhos que se operam os maiores entrelaçamentos, bem como, as maiores colisões de direitos no âmbito familiar, capazes de gerar danos aos direitos da personalidade.

No ambiente familiar onde predominam as relações afetivas, existem conflitos de todas as magnitudes, que geram perturbações e danos no plano extrapatrimonial. Assim, as lesões atingem os direitos da personalidade em seu componente dignidade da pessoa humana, gerando perdas substanciais de valores que acarretam danos morais.

A violação dos direitos da personalidade nas relações familiares será analisada mais à frente, com o enfoque na relação entre pais e filhos, especialmente na prática da alienação parental.

³⁸⁸BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 07.

5.2 A dignidade da pessoa humana como valor constitucional fundamental

A Constituição Federal de 1988 prescreve a dignidade da pessoa humana como componente essencial da ordem democrática e assinala que todo sistema jurídico brasileiro possui como componente essencial esse valor centrado na pessoa.

Gilmar Ferreira Mendes ao aludir à dignidade da pessoa humana proclama

Por isso, em palavras do próprio Alexy, o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, precede a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídicas constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferências em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições³⁸⁹.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana assume um valor fundamental, capaz de definir todos os demais valores que compõem a estrutura física e psicológica do ser humano. Em todos os planos da vida moderna, o princípio da dignidade é um valor fundamental, não mais se admitindo que o ser humano possa viver sem esse conteúdo interno e externo no plano da vida física.

Assim, toda e qualquer atividade da pessoa, na ordem normativa, depende da observância do respeito à dignidade em seus múltiplos componentes. E mais. O Estado tem o dever de assegurar o cumprimento desse direito a todos os seus cidadãos. Na verdade, ninguém deveria viver sem dignidade, e ao ordenamento jurídico caberia o dever de cumprir esse princípio fundamental em sua integralidade, o que não se opera no campo da vivência humana. Daí por que existem múltiplas possibilidades de esse direito se converter em responsabilidade civil nos diversos casos em que ocorrerem violações ao princípio fundamental.

Maria Celina Bodin de Moraes diz que

A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhes o valor supremo do alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui³⁹⁰.

³⁸⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.151.

³⁹⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.83.

Importante trazer novamente neste tema as idéias do Personalismo Ético de Kant, que consiste na constatação de que o ser humano, por sua própria natureza, enquanto dotado de autodeterminação, deve ser considerado como um fim em si mesmo e nunca como um meio para consecução de outros fins. Essa carga humanista se desdobra na prevalência dos valores do “ser”, do humano dotado de dignidade, visto que possui valor intrínseco, sobre o “ter”, que remete às coisas que possuem preço, que são substituíveis por outras de igual valor.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento ético-moral que determina o comportamento da pessoa em todos os momentos da vida social, em particular no ambiente familiar. O valor moral, eminentemente axiológico, é que haverá de nortear toda a conduta das pessoas no âmbito da estrutura familiar.

José Jairo Gomes assinala que “talvez seja na família o lugar onde com mais expressividade se revelem os sentimentos de solidariedade e cooperação entre os indivíduos. É ela o abrigo seguro contra a angústia existencial do ser humano, contra os sentimentos de insegurança e desamparo que o fustigam”³⁹¹.

Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o fundamento para as relações familiares, em especial, para a relação entre pais e filhos, e havendo violação que configure lesão aos direitos da personalidade, há que buscar a tutela civil cabível no sentido de reparar ou compensar os danos sofridos.

Não obstante o Código Civil brasileiro de 2002 ser bastante impreciso a esse respeito, está consagrada no sistema jurídico brasileiro a viabilidade da indenização por danos morais nas relações familiares, em face da ampla tutela aos direitos da personalidade.

Os professores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf entendem que “[...] embora estejam presentes muitas vezes consequências danosas nos planos moral e material, o que se vislumbra resguardar nestas situações de dano no âmbito familiar é a dignidade humana, comprometida com a conduta ilícita do outro cônjuge ou dos genitores”³⁹².

Há aqueles que questionam a existência de danos morais e a reparação destes no âmbito das relações familiares, sob a alegação de uma suposta monetarização do direito de família, como, por exemplo, nos casos de quebra dos deveres do casamento e na prática de alienação parental.

³⁹¹GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 206.

³⁹²MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 357.

A nosso ver essa postura parece contraditória, por se tratar de procedimento indenizatório no qual predomina o princípio da compensação inerente às reparações dessa natureza, pesar de predominar o direito pessoal, e não patrimonial nessa relação.

O respaldo constitucional para reparação de danos no âmbito familiar funda-se na proteção da dignidade humana prevista no artigo 1º, inciso III e no artigo 5º, inciso X e parágrafo 2º, que estabelecem a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação e no artigo 226, parágrafo 8º, que prevê o dever do Estado de assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações³⁹³.

Na perspectiva de Eduardo de Oliveira Leite

[...] a indenização, na área do Direito de Família, embora incomum e naturalmente imprópria (em setor onde o pessoal se sobrepõe ao patrimonial) ganha um novo alento, na medida em que se revela uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família³⁹⁴.

5.3 Atributos ou caracteres dos direitos da personalidade e sua extensão

Os direitos da personalidade são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, uma vez que retratam, abarcam os bens mais elevados, de maior importância do homem.

Apesar de alguma variação quanto à terminologia e à forma de exposição, a doutrina costuma apontar os seguintes atributos ou caracteres dos direitos da personalidade: direitos privados, inatos (originários), necessários, vitalícios, absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis (englobando a intransmissibilidade e irrenunciabilidade) e imprescritíveis.

Como mencionado acima, conforme entendem os doutrinadores adeptos do naturalismo, os direitos da personalidade transcendem o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade.

³⁹³MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares de. **Curso de direito civil**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 347-351.

³⁹⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade Responsabilidade Civil – Dano Moral**. Vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.141.

Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, seja pelo Estado, seja por particulares.

Dada a importância que os aspectos da personalidade ostentam, é compreensível analisar a matéria pela ótica do direito público e pelo direito privado.

Sob a ótica do direito público, há falar-se de início na proteção constitucional. Muitos dos direitos da personalidade são simultaneamente considerados fundamentais.

Ainda sob a ótica publicista, o direito penal impõe sanções para os comportamentos que lesionam os bens da personalidade.

Quanto à proteção dada pelo direito privado, há que falar na tutela das manifestações essenciais da personalidade humana, surgindo a teoria dos direitos da personalidade. Estes constituem direitos subjetivos privados.

Os direitos da personalidade têm pontos de contato com os direitos fundamentais. Gustavo Tepedino sustenta que “os direitos da personalidade são os mesmos direitos fundamentais transpostos para o campo privado, incidindo nas relações entre os particulares”³⁹⁵.

Contudo, acredita-se que a correspondência não seja completa, ou seja, nem todos os direitos fundamentais geram direitos da personalidade e a recíproca também se aplica.

A doutrina mais apurada costuma mencionar que os direitos fundamentais se opõem ao governo, são um freio ao poder político; já os direitos da personalidade cuidam das relações estabelecidas entre particulares. Nesse sentido, os direitos fundamentais tomam a pessoa como membro da sociedade política, já os direitos da personalidade tomam o indivíduo como simples ser humano.

Não é exata a afirmação de que os direitos fundamentais são exercitáveis apenas contra o poder público. A doutrina constitucional tem entendimento de que os direitos fundamentais também possuem dimensão de aplicabilidade entre os particulares. Por sua vez, a tutela dos direitos da personalidade também se volta contra o Estado, seja nos casos em que o Estado atua como poder soberano, seja nos casos em que atua como se fosse particular, sem poder de império.

³⁹⁵TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-54, p. 33.

Os mesmos bens jurídicos são regulados concomitantemente pelo direito privado e pelo direito público, mas quando se fala em atributo ou caráter dos direitos da personalidade como “direito público”, visa-se a focar a tutela conferida por instrumentos de direito privado.

No que se refere ao segundo atributo mencionado, qual seja, direitos inatos, a doutrina traz situações diferentes.

Há quem entenda que o atributo “inato”, no sentido jusnaturalista, se referiria ao fato de os direitos da personalidade tratarem de direitos que antecedem e condicionam o direito positivo. A concepção jusnaturalista afirma que os direitos da personalidade são decorrência da própria natureza humana, não são criados pelas leis, cabendo ao Estado apenas seu reconhecimento e proteção. Nesse sentido, posicionam-se os doutrinadores Carlos Alberto Bittar³⁹⁶ e Limongi França³⁹⁷.

Ainda nesse sentido, Limongi França “sustenta que os direitos da personalidade não se restringem aos expressamente previstos em lei. Outros existem que decorrem do costume e da doutrina”³⁹⁸.

A dicotomia do direito natural *versus* o direito positivo vai perdendo um pouco de sua vitalidade, considerando que gradativamente a evolução do pensamento político incorpora ao direito positivo normas que asseguram aqueles valores definidos pelo jusnaturalismo. A doutrina dos direitos fundamentais é sintomática dessa evolução.

No âmbito dos direitos da personalidade, a doutrina jusnaturalista ostenta um papel especial, afirmando a superioridade dos direitos da personalidade em face do direito positivo.

Vale mencionar que parte da doutrina civilista rejeita a acepção jusnaturalista do caráter inato dos direitos da personalidade.

No entanto, posicionando-se ao lado dos doutrinadores que entendem o caráter inato dos direitos da personalidade, cumpre mencionar que a proteção integral da pessoa, pela supremacia axiológica do bem jurídico envolvido, não pode ficar restrita apenas ao direito positivo.

Cumpre mencionar também que há corrente na doutrina que entende o termo “inato” como se os direitos da personalidade nascessem com a pessoa independentemente de qualquer ato aquisitivo. Gustavo Tepedino afirma que “esses direitos são naturalmente

³⁹⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 63.

³⁹⁷FRANÇA, Limongi. **Manual de direito civil**. 3ª ed. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 405.

³⁹⁸Ibidem. p. 405.

concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou só pelo fato de ser”³⁹⁹. Nesse sentido, os direitos da personalidade seriam adquiridos simultaneamente com a personalidade.

Esse posicionamento não é compartilhado por toda a doutrina. Há quem sustente a existência de direitos da personalidade que apenas são adquiridos com o nascimento, que dependem de ato posterior de aquisição, como, por exemplo, o direito moral do autor.

Enéas Costa Garcia, a nosso ver com todo acerto, entende que

[...] o caráter inato, ainda que presente na generalidade dos direitos da personalidade, não seria imprescindível, de modo que seria viável o reconhecimento de direitos da personalidade adquiridos posteriormente ao nascimento (direitos derivados). [...] Admissível, pois, ainda que em caráter excepcional, direitos da personalidade que não são inatos⁴⁰⁰.

Além de serem inatos e decorrerem desse atributo, os direitos da personalidade são tidos como “necessários”, no sentido de que não podem faltar, ou seja, toda pessoa é titular de direitos dessa natureza.

No que se refere ao atributo de serem vitalícios, é importante dizer que os direitos da personalidade acompanham a pessoa por toda a sua existência, não podendo faltar ou estar ausentes ao longo da vida.

A princípio, os direitos da personalidade extinguem-se com a morte da pessoa titular, sendo essa a regra inerente a todos os direitos subjetivos, que não subsistem com a extinção da personalidade jurídica.

Devido à especialidade do objeto dos direitos da personalidade, há a existência de proteção *post mortem* em relação a determinados direitos da personalidade, que subsistem mesmo após a morte da pessoa titular. Vale mencionar que há direitos da personalidade que somente produzem efeitos após a morte do titular, tais como o direito à proteção da sepultura, mas há outros direitos, dada a peculiaridade do objeto protegido, que exigem uma proteção *post mortem*, tais como o direito à honra, à imagem e ao sigilo, entre outros.

Nas hipóteses acima mencionadas a proteção é conferida aos direitos do *de cujus* e não em relação a algum direito reflexo dos herdeiros. Vale mencionar que a proteção *post mortem* é conferida às pessoas mais próximas do falecido, que agem como representantes, e não em nome próprio. Não impede a coexistência de lesões, sendo atingido o direito da personalidade da pessoa falecida e também o direito de parente vivo. Nesse caso, o parente

³⁹⁹TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-54, p. 33.

⁴⁰⁰GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2007, p. 86.

pode reclamar a reparação da lesão pessoalmente sofrida, bem como agir como legitimado extraordinário na defesa do direito da pessoa falecida.

Na sequência está o atributo de serem os direitos da personalidade direitos absolutos.

Vale mencionar que a distinção entre direitos absolutos e relativos baseia-se, em regra, em critérios de eficácia e responsabilidade.

Goffredo Telles Junior explica que

O Direito Absoluto é a permissão jurídica que, dada a uma pessoa, impõe, a todas as outras pessoas, um certo comportamento ou uma certa atitude, relativamente a uma determinada coisa. Ao Direito Absoluto de uma pessoa corresponde uma obrigação correlata de todas as outras. Os Direitos Absolutos são permissões jurídicas que todos devem respeitar. Cada Direito Absoluto implica, sempre, uma obrigação a cargo de um número indeterminado de pessoas⁴⁰¹.

Por sua vez, os direitos relativos estabelecem um vínculo exclusivo entre as partes envolvidas na relação jurídica, havendo deveres apenas entre as partes.

O outro critério utilizado para definir direitos absolutos e relativos é a questão da responsabilidade. Antônio Menezes Cordeiro faz a seguinte distinção “seriam absolutas as situações, que, a serem violadas, possibilitariam o responsabilizar de qualquer prevaricador; as relativas, pelo contrário, apenas permitiriam pedir contas a uma única pessoa”⁴⁰².

Assim sendo, a doutrina clássica faz a distinção no seguinte sentido: os direitos absolutos dirigem-se a todas as pessoas, são oponíveis *erga omnes*, criando sujeição geral (obrigação passiva universal), de modo que todas as pessoas são obrigadas a respeitar a posição jurídica do titular. Já os direitos relativos criam vínculos apenas com as pessoas envolvidas; as obrigações são apenas para aquela parte passiva e somente esta pode violar o direito e ser responsabilizada judicialmente.

Após toda essa incursão pelos direitos absolutos e relativos, conclui-se que os direitos da personalidade são absolutos, pois há uma relação direta entre o titular e o objeto do direito; o titular não depende da colaboração de qualquer pessoa para a fruição de seus direitos da personalidade, são oponíveis *erga omnes* e criam dever genérico de abstenção.

Contudo, é importante ressaltar que o caráter de absoluto dos direitos da personalidade não os torna ilimitados; sofrem limitações internas e externas, especialmente se houver colidência desses direitos subjetivos com outros direitos da personalidade e com direitos de outra natureza.

⁴⁰¹TELLES JUNIOR, Goffredo. **Introdução na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.339.

⁴⁰²MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral**, 2ª ed. t. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 142.

Os direitos da personalidade têm o atributo da extrapatrimonialidade, uma vez que dada a importância que esses direitos têm para a pessoa, não seria possível aferi-los economicamente.

Neste momento, é importante trazer a distinção entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais. Os irmãos Mazeaud observam que

Existem certos direitos que, ainda que não tenham valor pecuniário, têm incidência sobre o plano pecuniário. A distinção entre os direitos pecuniários e não pecuniários não é, portanto, absoluta: ela significa somente que certos direitos têm, sobretudo, um valor pecuniário, enquanto outros têm sobretudo um valor não pecuniário⁴⁰³.

Nessa linha de pensamento não existiriam direitos exclusivamente extrapatrimoniais, pois estes também podem dar ensejo a repercussões de ordem econômica.

Os direitos da personalidade são direitos extrapatrimoniais, uma vez que conforme seus objetos, não são apreciáveis economicamente. No entanto, há a possibilidade de demandar indenização em caso de ofensa aos direitos da personalidade, tanto danos morais quanto danos materiais. Importante é mencionar que a possibilidade de reclamar indenização em razão de ofensa ou ameaça de ofensa aos direitos da personalidade não retira destes o caráter de extrapatrimonialidade. E mais. Também não é incompatível com o referido atributo a utilização econômica de determinadas faculdades integrantes dos direitos da personalidade, como, por exemplo, a imagem.

Diante da especial natureza do bem jurídico tutelado, os direitos da personalidade possuem o atributo da indisponibilidade.

É importante mencionar que a indisponibilidade é mais ampla que a inalienabilidade. A possibilidade de alienar é apenas uma das formas de disposição do direito. A renúncia, o abandono, a oneração com direito real são outras formas de disposição do direito que não se confundem com a alienação. Nesse sentido, a disposição é o gênero e a alienabilidade, apenas uma espécie deste.

Assim sendo, o direito disponível é aquele que pode ser extinto ou modificado pela vontade do titular, já o indisponível é aquele que está imune à vontade do titular quanto a seu destino, direito que não pode ser modificado ou extinto pela vontade.

Os direitos da personalidade são direitos indisponíveis, uma vez que há uma margem limitada de atuação na vontade do titular em relação aos referidos direitos.

⁴⁰³MAZEAUD, Henri et al. *Leçons de droit civil: Introduction à l'étude Du droit*. 11ª ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 256.

O titular dos direitos da personalidade não tem a faculdade de disposição em relação a esses direitos. Do caráter de indisponibilidade decorrem outros atributos, tais como a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

A intrasmissibilidade dos direitos da personalidade abrange tanto os atos *inter vivos* como os *causa mortis*; são direitos fora do comércio, não podendo ser objeto de negócio jurídico que envolva sua disposição. Eventual negócio que trate da alienação dos direitos da personalidade é nulo por contrariar a moral e os bons costumes.

A transmissão pressupõe que uma pessoa ocupe o lugar de outra, o que é incompatível com a natureza dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis, ou seja, não podem ser abandonados mediante a declaração de vontade do titular.

A renúncia representa um ato de disposição, razão pela qual não é compatível com a natureza dos direitos da personalidade. O consentimento de tal disposição não seria admissível, uma vez que os direitos da personalidade são indisponíveis.

As normas que tratam dos direitos da personalidade são normas de ordem pública, de modo que não afastáveis pela vontade do titular. No entanto, dentro de certos limites, o consentimento do titular tem relevância e afasta o caráter ilícito da conduta. Esse consentimento, contudo, não se confunde com a renúncia, deve ser temporário e limitado. Nesse sentido, pode o titular autorizar uma intervenção cirúrgica em seu corpo ou uma prática científica experimental.

Diante do caráter indisponível dos direitos da personalidade, estes não podem ter sua titularidade alterada. E mais. Por estarem fora do comércio não respondem por eventuais débitos de seu titular, sendo, portanto, impenhoráveis.

Pelas mesmos motivos, os direitos da personalidade não podem ser objeto de expropriação, não podendo o Estado despojar o titular desses direitos.

Por fim, os direitos da personalidade além de serem inatos, vitalícios e necessários, acompanham a pessoa durante toda a sua existência de forma ilimitada.

Ainda que o titular não os utilize por algum período, não há extinção do direito, não há prazo para sua fruição. Dessa forma, a qualquer tempo o titular pode exercer o direito da personalidade que possuía e até então não estava utilizando. Assim sendo, os direitos da personalidade são imprescritíveis.

Essa regra da imprescritibilidade sofre temperamento quando se fala em lesão aos direitos da personalidade. Se a lesão é continuada e o titular busca uma medida para fazer

cessar a violação (ação de abstenção), entende-se que não há influência do tempo decorrido, sendo essa pretensão imprescritível. Já a pretensão ressarcitória rege-se pela regra geral dos direitos patrimoniais, ou seja, sujeita-se à prescrição. Desse modo, a ação indenizatória de dano moral ou material se sujeita aos prazos legais de prescrição.

No que se refere à extensão dos direitos da personalidade, há aqueles doutrinadores que se apegam ao positivismo jurídico, ou seja, são direitos da personalidade aqueles expressamente previstos em lei; contudo, há aqueles doutrinadores que vão além da previsão legal, apresentando inclusive classificação dos direitos da personalidade.

Carlos Alberto Bittar propõe que os direitos da personalidade sejam classificados em consideração à natureza dos bens jurídicos tutelados, distribuídos em “I) direitos físicos: 1) direito à vida, 2) direito à integridade física, 3) direito ao corpo, 4) direito a partes do corpo, 5) direito ao cadáver e às partes, 6) direito à imagem, 7) direito à voz; II) direitos psíquicos: 1) direito à liberdade, 2) direito à intimidade, 3) direito à integridade psíquica, 4) direito ao segredo; III) direitos de cunho moral: 1) direito à identidade; 2) direito à honra; 3) direito às criações intelectuais”⁴⁰⁴.

Já Limongi França estabelece três categorias fundamentais, quais sejam: o físico, o intelectual e o moral. Na sequência distribui os variados direitos entre as respectivas categorias.

Assim, na categoria do direito à integridade física encontram-se os seguintes direitos: 1) direito à vida e aos alimentos; 2) direito sobre o próprio corpo vivo; 3) direito sobre o próprio corpo morto; 4) direito sobre o corpo alheio vivo; 5) direito sobre o corpo alheio morto; 6) direito sobre partes separadas do corpo vivo; 7) direito sobre partes separadas do corpo morto. Na categoria do direito à integridade intelectual são indicados: 1) direito à liberdade de pensamento; 2) direito pessoal do autor científico; 3) direito pessoal do autor artístico; 4) direito pessoal do inventor. Por fim, na categoria do direito à integridade moral são elencados: 1) direito à liberdade civil, política e religiosa; 2) direito à honra; 3) direito à honorificência; 4) direito ao recato; 5) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6) direito à imagem; 7) direito à identidade pessoal, familiar e social”⁴⁰⁵.

Na classificação apresentada por Limongi França é importante ressaltar que a prática de alienação parental, conforme já analisada, fere o direito fundamental da criança ou do adolescente, viola sua dignidade humana e, nessa esteira, viola seus direitos da personalidade, vez que as práticas alienadoras trazem óbices ao direito de convivência

⁴⁰⁴BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 63.

⁴⁰⁵FRANÇA. Limongi. **Manual de Direito Civil**. 3ª ed. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p.411-412.

familiar, à convivência familiar saudável e contínua e podem provocar ruptura do vínculo afetivo tão caro e vital existente entre pais e filhos. Nesse sentido, a prática de alienação parental configura, sim, violação dos direitos da personalidade na categoria do direito à integridade moral.

A Professora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, entende, de forma complementar à divisão proposta por Limongi França, que:

[...] os direitos da personalidade, embora não estanques, podem ser divididos em direito à integridade física, estando nestes abrangidos o direito à vida e aos alimentos (concepção e descendência, identidade pessoal, direitos do embrião, direitos do nascituro, direito à alimentação equilibrada, ao planejamento familiar, ao aborto, à proteção do menor, direito à habitação, à proteção médica e hospitalar, direito ao meio ambiente equilibrado, à liberdade física, ao recato e direito à proteção na velhice), direito ao corpo vivo (direito às células germinativas, à reprodução assistida, à cessão temporária do útero, à clonagem, à liberdade de concepção, ao exame médico, à transfusão de sangue, ao transplante, à experiência científica, ao acesso às modernas técnicas biotecnológicas, à identidade de gênero, à mudança de sexo, direito ao equilíbrio psíquico, ao débito conjugal e à liberdade física), direito ao corpo morto (direito ao sepulcro, à cremação, à utilização científica, ao transplante e ao culto religioso); direito à integridade intelectual, o qual engloba o direito à liberdade de pensamento, o direito pessoal de autor científico, o direito do inventor, além do direito às descobertas biotecnológicas e direito à integridade moral, o qual engloba direito à liberdade civil, política ou religiosa, direito à segurança, direito à honra, direito ao recato, direito à imagem (aspecto moral da estética humana), direito à identidade pessoal (nome, estado, domicílio e carga genética), à intimidade, direito à identidade familiar (direito ao status familiae, ao conhecimento da biparentalidade biológica, o direito à verdade) e social (direito ao esquecimento para os transexuais e intersexuais), à liberdade de orientação sexual⁴⁰⁶.

Essa Professora completa afirmando que

Os direitos da personalidade traduzem as emanções mais íntimas da pessoa humana, possibilitando a sua autodeterminação, a elucidação dos seus valores mais íntimos, a sua maneira particular de existir, suas crenças e seus valores, sua forma de se demonstrar na sociedade em que vive. Consistem plenamente na sua própria individualidade. Representam um conjunto de atributos inerentes à condição humana, inatos ao homem⁴⁰⁷.

Ressalte-se que a classificação de Limongi França é bastante completa, sendo inclusive citada por outros doutrinadores, tais como como Fabio Maria da Motta em seu livro “Direitos da Personalidade: aspectos gerais” e Maria Helena Diniz no seu “Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil”.

⁴⁰⁶MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 38-51.

⁴⁰⁷Ibidem, p. 50.

O estudo acerca da violação dos direitos da personalidade, quando da ocorrência de práticas alienadoras, resulta, essencialmente, da necessidade de tutelar a personalidade e a dignidade dos filhos menores, vítimas das lesões causadas pela conduta culposa dos genitores que, em regra, por não conseguirem elaborar corretamente o luto conjugal, transferem aos filhos as insatisfações advindas do fim do referido relacionamento, acabando por privá-los da convivência familiar, em especial, com o outro genitor. Em tal prática conforme já visto neste estudo há evidente ato de negligência do alienador, em regra o genitor guardião, contra a pessoa dos filhos.

Os danos causados pela prática de alienação parental atingem a integridade psíquica dos filhos, podendo provocar desajustes comportamentais, graves transtornos psíquicos, interferir de modo determinante na formação da sua personalidade e gerar intenso sofrimento e sentimento de abandono e rejeição.

Acredita-se não se questionar a importância do convívio dos filhos com ambos os pais e o direito personalíssimo à biparentalidade biológica ou socioafetiva. Nesse sentido, é evidente que a prática de alienação parental, marcadamente emulativa, representa flagrante desrespeito ao melhor interesse da criança, caracteriza perigo à sua higidez psíquica. Tudo aquilo que os filhos vivenciam na infância, de bom e de ruim, gera consequências para seu comportamento na idade adulta.

Nesse sentido, não há dúvida de que a prática de atos de alienação parental fere o direito fundamental da criança ou do adolescente, viola sua dignidade e, conseqüentemente, fere direitos da personalidade, em especial, o direito a convivência familiar saudável, ao prejudicar a realização de afeto nas relações com os genitores e com o grupo familiar, além de constituir abuso moral contra os próprios filhos e caracterizar descumprimento pelo alienador dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes da guarda ou tutela.

É importante por fim mencionar que o Código Civil Brasileiro trata apenas de alguns direitos da personalidade, mas de forma alguma esgota o rol dos direitos da personalidade, eis que outros existem e muitos ainda virão a ser detectados, com a evolução do pensamento jurídico, em sua constante luta para manter sob controle as mudanças do comportamento humano, o avanço das técnicas científicas.

A doutrina, em sua grande maioria, entende que o Código Civil não traz um rol exaustivo. O professor Enéas Costa Garcia afirma em seu livro que

A proteção conferida à personalidade não se esgota na consagração dos direitos típicos. Há lugar para o reconhecimento de um direito geral da

personalidade, com a conseqüente extensão da proteção em favor das outras várias manifestações da personalidade humana⁴⁰⁸.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da Professora Claudia Regina Magalhães Loureiro

Como o rol dos direitos da personalidade não é taxativo, pode-se entender que existem outros direitos não previstos e não positivados. Estando esses direitos ligados à condição de ser humano, engendram a proteção em virtude de sua dignidade imanente, e por isso, ligam-se ao embrião, pois são inerentes à pessoa desde a concepção⁴⁰⁹.

5.4 Tutela dos direitos da personalidade

Os Direitos da Personalidade precisam ser garantidos pelo Estado, surgindo para tanto a necessidade de tutela para sua proteção, quando ameaçados ou lesionados.

Conforme mencionado, o Código Civil regulamenta em seus artigos 11 a 21 os direitos da personalidade e estabelece alguns deles como direito à integridade física e a indisposição do corpo, direito ao nome, imagem produção intelectual, vida privada.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez também, estabelece, nos artigos 5º e 6º os direitos fundamentais que estão relacionados aos direitos da personalidade, até porque o direito da personalidade é um direito fundamental.

Há inúmeras situações fáticas em que os direitos da personalidade necessitam de proteção ou tutela. Pode-se apresentar não só na vida afetiva e relacional, mas também nas relações de trabalho, nas comerciais e contratuais, nas atividades profissionais de cada uma das diferentes atividades desenvolvidas pelos homens e, neste trabalho específico, nas relações familiares havidas entre pais e filhos.

Muitos são os casos em que uma pessoa pode se sentir lesada ou ameaçada em sua vida pessoal. Isso pode ocorrer quando sua vida privada e intimidade são violadas ou quando ela vê seu segredo de correspondência violado. Também há situações em que a imagem, a voz ou os escritos da pessoa são publicados sem sua prévia autorização expressa. Em todos os casos em que se verifique violação aos direitos da personalidade é possível socorrer-se do Judiciário justamente para salvaguardar os direitos da personalidade ou ainda é possível

⁴⁰⁸GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2007, fls. 71.

⁴⁰⁹LOUREIRO. Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44-45.

utilizar-se dos meios adequados para o exercício da autotutela visando à proteção de tais direitos.

Elimar Szaniawski afirma que

Todo indivíduo possui direito de proteger-se contra atentados dirigidos à sua personalidade através de atos de legítima defesa, desde que estes atos de defesa não ultrapassem os limites do indispensável à autotutela da personalidade. O Código Civil arrola três modalidades de autotutela de direito da personalidade: a legítima defesa e o exercício regular de direito reconhecido, no inciso I, do artigo 188, e o estado de necessidade, no inciso II do mesmo artigo. A legítima defesa, o exercício regular do direito reconhecido e o estado de necessidade, incluem-se entre as causas excludentes de ilicitude. Embora a lei ofereça todo um sistema de tutela judicial de direito da personalidade, admite, excepcionalmente, quando houver perigo iminente de lesão e não for possível devido à urgência socorrer-se à via judicial, o princípio da autotutela desse direito, que autoriza o ofendido a repelir pessoalmente a agressão, desde que não exceda o indispensável à defesa do direito que está sendo atacado. Existe também a possibilidade da proteção ou tutela dos direitos da personalidade, onde através dos meios judiciais necessários para se fazer cessar a ameaça ou lesão e requerer perdas e danos, como prevê o artigo 12 do Código Civil⁴¹⁰.

A tutela dos direitos da personalidade é dotada de mecanismos de coação para garantir sua observância, prevenindo a ocorrência de lesões, ou impedindo sua continuidade (tutela inibitória)⁴¹¹, ou ainda para determinar seu ressarcimento após a violação (tutela ressarcitória)⁴¹². Para Garcia, os meios judiciais podem ser insuficientes em determinados casos, o que ainda ensejaria a legitimidade da autotutela para evitar a ocorrência da lesão⁴¹³.

Conforme destaca o autor, a natureza essencial dos direitos da personalidade tornam a eventual reparação insuficiente, visto que os danos morais se sobrepõem aos eventuais danos materiais que possam ocorrer. Por essa razão, a doutrina acusa a suma importância da garantia de eficiência da tutela inibitória em evidente superioridade à eficácia da tutela ressarcitória na defesa dos direitos de personalidade. Nesse sentido, Garcia cita Carlos

⁴¹⁰SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.247-248.

⁴¹¹O fundamento legal da tutela preventiva se encontra na conjugação entre o direito fundamental de acesso à justiça inscrito no artigo 5º, inciso XXXV e no princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, in verbis:

art.5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

art. 1º, III - III - a dignidade da pessoa humana

⁴¹²CC - Art.12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁴¹³GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p.232-233.

Fernández Sessarego, cujo posicionamento é acompanhado por Davide Messinetti, Proto Pisan, Barbosa Moreira, entre outros:

Não cabe restringir a tutela da pessoa à reparação do dano uma vez que este se tenha produzido. É dizer, não é possível tutelar negativamente o ser humano. Pelo contrário, na atualidade se acentua que a proteção da pessoa humana tem, eminentemente, um sentido positivo. Este supõe proporcionar juridicamente ao sujeito as melhores condições para o pleno e livre desenvolvimento desta finalidade. Mas, esta tutela positiva é também, prioritariamente, de ordem preventiva⁴¹⁴.

Entre as medidas preventivas típicas, o artigo 461, §5º, do Código de Processo civil prevê a imposição de penalidade de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, autorizado o uso de atividades policial⁴¹⁵.

Cumprasseverar que, apesar de a tutela inibitória depender da demonstração da iminência de lesão e da probabilidade de dano, podendo ser proposta tanto para exigir um comportamento positivo da parte, em caso de ilícito omissivo quanto uma abstenção, quando houver ilícito comissivo⁴¹⁶, é possível sua concessão em caráter liminar, deixando de ser indispensável a comprovação do *periculum in mora*, bem como a reversibilidade da medida, já que a ocorrência da lesão também poderia não ser reversível. Nesse sentido, argumenta Garcia:

Como a tutela inibitória visa a impedir a prática do ato ilícito, ato este que por vezes ainda não se manifestou claramente quanto ao seu conteúdo e extensão, necessário recorrer a um juízo de probabilidade. A obtenção de certeza quanto à ilicitude da conduta poderia ser alcançada tarde demais⁴¹⁷.

Finalmente, impende ressaltar que a tutela inibitória é objeto de ação ordinária autônoma, de cognição plena, diferentemente da ação cautelar, que consubstancia outra modalidade de tutela preventiva⁴¹⁸. Tampouco a tutela inibitória deve ser confundida com o *Contempt of Court* brasileiro, cuja finalidade não é preventiva, mas eminentemente punitiva.

O *Contempt of Court*, instituto originário da *Common Law*, tem como finalidade a garantia da eficácia das decisões judiciais mediante a aplicação de medidas coercitivas contra as partes no processo. Tais medidas consistem na imposição de prisão, ou multa,

⁴¹⁴GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007. p.237.

⁴¹⁵CC - Art. 461 §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

⁴¹⁶GARCIA, op. cit.p.247.

⁴¹⁷Ibidem, p. 250.

⁴¹⁸Ibidem, p. 250.

consoante a parte adote uma conduta atentatória à dignidade da justiça, ou cometa crime de desobediência, omitindo-se em praticar um ato determinado pelo juiz⁴¹⁹. No Código de Processo Civil brasileiro, foi inserida apenas a modalidade de multa administrativa, estando afastada a possibilidade de prisão civil, cuja exceção se restringe à parte que é condenada a pagar pensão alimentícia⁴²⁰.

Nota-se, portanto, que diferentemente da tutela inibitória, a medida coercitiva supracitada consiste em uma sanção aplicada após a concessão do provimento jurisdicional, como punição pela conduta do réu e não como meio de prevenção de lesão ao direito tutelado.

Comenta Nelson Nery Júnior o instituto do *contempt of court*:

A norma impõe às partes o dever de cumprir e de fazer cumprir todos os provimentos de natureza mandamental, como, por exemplo, as liminares (cautelares, possessórias, de tutela antecipada, de mandado de segurança, de ação civil pública etc.) e decisões finais da mesma natureza, bem como não criar empecilhos para que todos os provimentos judiciais, mandamentais ou não, de natureza antecipatória ou final, sejam efetivados, isto é, realizados. O desatendimento desse dever caracteriza o *contempt of court*, sujeitando a parte infratora à sanção do CPC 14 parágrafo único.⁴²¹

Complementa o Professor

A multa fixada pelo juiz como decorrência do *contempt of court* não se destina à parte processual, pois sancionadora de ato atentatório ao exercício da jurisdição. (...) A litigância de má-fé (CPC 16 a 18) é ato prejudicial à parte do *improbis litigator*, porque ofensiva ao princípio da probidade (lealdade) processual (CPC 14 II), de modo que nada tem a ver com o embaraço a atividade jurisdicional caracterizado pelo *contempt of court*. Portanto, ambas as sanções (*contempt of court* e litigância de má-fé) podem ser impostas, cumulativamente, sem que se incida em duplicidade de penalidade⁴²².

⁴¹⁹ BARROS NETTO, Cássio Leite de. **Contempt of Court**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, 23 páginas.

⁴²⁰ CPC - Art. 14 São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

⁴²¹ NERY JÚNIOR, NELSON. CPC Comentado, Revista dos Tribunais, 2002. p. 295-298.

⁴²² *Ibidem*, p. 297.

5.4.1 Tutelas inibitórias

Conforme previsão contida no artigo 12 do Código Civil brasileiro⁴²³ há duas possibilidades de proteção dos Direitos da Personalidade: prevenção e reparação. Na prevenção a tutela é exercida antes da ocorrência efetiva de lesão ou do exaurimento do atentado ao direito da personalidade e fazer cessar ato injustamente praticado.

A tutela inibitória tem por finalidade justamente impedir a violação do direito, fazer cessar a lesão que se encontra em curso ou ainda impedir sua reiteração.

O Judiciário, por meio dos instrumentos processuais adequados, atuará para esse fim preventivo e protetivo aos direitos da personalidade.

Apesar da inquestionável importância, a tutela inibitória ficou obscurecida pelo maior desenvolvimento da tutela ressarcitória que mais à frente será objeto de estudo.

Enéas Costa Garcia afirma que “A tutela inibitória, em razão da amplitude de seu conceito e da necessidade de conferir poderes mais amplos ao julgador, somente de forma excepcional encontra-se presente no sistema”⁴²⁴.

Importante aqui é trazer a crítica que a doutrina faz a esse respeito, uma vez que o paradigma de um sistema jurídico fechado não mais satisfaz as necessidades do direito contemporâneo. O direito não mais se coloca na posição de neutralidade, de mero restaurador de direitos lesados.

Especificamente no que se refere aos direitos da personalidade a tutela ressarcitória mostra-se insuficiente. Dado o caráter essencial dos direitos da personalidade, a reparação nunca é integral. E mais. Alguns direitos são irreparáveis. Na maioria das vezes, a lesão não gera danos materiais e estes não são os mais relevantes. Ainda que seja cabível a indenização por dano moral, sua eficácia é limitada, considerando a dificuldade de encontrar um montante razoável para a compensação da dor sofrida e o inegável sofrimento oriundo de um processo judicial.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que

Se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição a estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação

⁴²³CC - Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁴²⁴GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 236.

ou do ressarcimento, o que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer antes de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos de atalhá-la incontinenti, caso já se esteja iniciando. Em vez da tutela sancionatória, a que alguns preferem chamar de repressiva, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos desta⁴²⁵.

A tutela inibitória tem por objeto prevenir a lesão, o ilícito e não o dano. Dessa forma, fundamenta-se tal modalidade de tutela em iminentes ameaças ao direito, em oposição à tutela ressarcitória, que tem como pressuposto a violação efetivada a um direito.

É importante salientar que essa modalidade de tutela encontra fundamento no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal quando assegura o acesso à Justiça. Vejamos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Os direitos da personalidade, como absolutos que são, exigem essa proteção preventiva, destinada a afastar uma futura lesão ou violação. Vale lembrar que a legislação brasileira prevê a possibilidade de aplicação de tutela inibitória para a proteção de direitos patrimoniais, tais como o interdito proibitório e o embargo na ação de nunciação de obra nova, não podendo negar a aplicação de tal tutela quando se tratar de direitos da personalidade, ou seja, direitos que envolvem a dignidade da pessoa humana.

As legislações estrangeiras têm previsão expressa quanto à tutela inibitória para os direitos da personalidade. Já no direito brasileiro, como dito anteriormente, a tutela inibitória encontra fundamento no Direito Fundamental de acesso à justiça e no princípio da dignidade da pessoa humana, ambos previstos na Constituição Federal de 1988.

No campo infraconstitucional a doutrina reconhece o fundamento normativo da tutela inibitória nos artigos 461 e 461A do Código de Processo Civil. Vejamos:

Artigo 461 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Parágrafo 1º A Obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Parágrafo 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (artigo 287).

Parágrafo 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

⁴²⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. 2ª série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 21-9, p. 21.

Parágrafo 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Parágrafo 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Parágrafo 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade de multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Artigo 461A - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. Parágrafo 3º Aplicar-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1º a 6º do artigo 461.

O artigo 461 do Código de Processo Civil Brasileiro refere-se à obrigação de fazer ou não fazer algo e pode ser aplicado quando se procura obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer aquilo que está em contraposição ao direito da personalidade do ofendido.

Já o artigo 461A desse mesmo diploma legal refere-se à entrega de coisa que pode ocorrer quando, por exemplo, estiver relacionado com a imagem, que é direito da personalidade, fazendo-se necessário apreender filme, negativos, materiais impressos e outros; assim, pode-se preventivamente retirar o material do injusto ofensor, para que não seja mais possível ou impeça de causar danos à personalidade.

Além dessas previsões legais aplicáveis ao direito da personalidade, o Código Civil prevê em seus artigos 20 e 21⁴²⁶ a tutela inibitória na proteção do direito à imagem e à vida privada.

⁴²⁶CC - Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Importante é mencionar que a tutela inibitória é autônoma e não se confunde com as medidas cautelares. O processo cautelar é instrumental, sendo que sua finalidade consiste em assegurar a eficácia prática de providências futuras, devendo haver a propositura de ação principal, cuja eficácia a medida cautelar visa a assegurar.

A tutela inibitória é diferente, não depende de outra ação principal, é uma ação de cognição plena, apta a resolver de forma definitiva a pretensão em conflito.

No campo das tutelas inibitórias há questionamento sobre a existência de responsabilidade civil por ameaça do direito da personalidade e também sobre a possibilidade de falar em dano sem que tenha se efetivado a lesão.

O artigo 186 do Código Civil estabelece que “aquele que, por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e o artigo 187 continua “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Assim sendo, os direitos da personalidade são, na forma do artigo 186, direitos que podem ser violados, sendo que o artigo seguinte informa que os danos podem ser exclusivamente morais.

Nesse sentido, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito à pessoa humana, sempre que houver dano ao direito da personalidade, ou violação ao direito de respeito aos direitos da personalidade, caberá reparação.

Contudo, quando ocorre uma ameaça de lesão, mas esta não se concretiza, por força de instrumentos judiciais possíveis para que se faça cessar ou que se impeça sua realização, a grande indagação feita é se é possível falar em dano. Ainda que a doutrina tenha alguma dificuldade para encontrar uma resposta para tal indagação, acredita-se que seja possível, sim, falar em dano na ameaça de lesão ao direito da personalidade.

Vejamos o entendimento de Silvio Romero Beltrão a respeito:

A existência do dano é necessária para a possibilidade de reparação dos prejuízos causados; contudo, podem existir medidas protetivas ao direito da personalidade sem a existência de dano, nos termos do artigo 12 do novo Código Civil, quando a pessoa é ameaçada em seu direito. É certo que a personalidade humana do lesado não integra propriamente seu patrimônio, fazendo com que as violações aos direitos da personalidade causem danos extrapatrimoniais ou morais (...) ⁴²⁷.

Enéas Costa Garcia, por sua vez, afirma que

⁴²⁷BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 61-62.

A doutrina tradicional dos direitos típicos de personalidade não se mostra suficientemente adequada para a realização plena do valor da dignidade da pessoa humana (...). Inconcebível, no atual estágio do desenvolvimento jurídico, a desconconsideração dos seus postulados. Os valores tutelados pela teoria dos direitos da personalidade encontram-se arraigados no sistema jurídico. Não fosse essa construção teórica, valores essenciais da pessoa estariam desprotegidos. A doutrina dos direitos da personalidade abriu caminho para o reconhecimento dos direitos ligados à pessoa. Enfrentou resistências, modificou conceitos tradicionais e acabou por construir uma doutrina de relevante valor social e de inegável aplicação prática. Portanto, quando se elencam insuficiências na doutrina tradicional, longe de questionar-se a utilidade como doutrina, pretende-se demonstrar que a proteção do referido interesse jurídico pode ocorrer de forma mais ampla, superando dificuldades que a doutrina tradicional enfrenta, apesar de seu inquestionável mérito (...). Com esta ressalva, podemos sumariar as seguintes insuficiências da doutrina tradicional: a) desconconsideração do caráter complexo e uno da personalidade; b) sobreposição de interesses protegidos; c) anomia; d) excessivo apego à concepção do sistema jurídico fechado; e) estagnação do Direito; f) desconconsideração do caráter inato dos direitos da personalidade; g) visão patrimonialista dos direitos da personalidade e menoscabo do Direito Civil como instrumento de tutela da pessoa; h) transformação do princípio constitucional da dignidade humana em mera norma programática⁴²⁸.

5.4.2 Tutelas repressivas

O segundo âmbito de tutela dos direitos da personalidade se encontra naqueles casos em que já foi praticado ato injusto que resulta em lesão efetivada. Surge então o campo da responsabilidade civil, que tem como finalidade tutelar os interesses patrimoniais e morais da pessoa humana. As hipóteses possíveis para a reparação podem ser as mais diversas.

Verificada a violação do direito da personalidade, o ordenamento jurídico reage sancionando o comportamento do agente, obrigando-o a restabelecer, na medida do possível, a situação anterior em que se encontrava a vítima. Essa reparação pode ocorrer *in natura* ou, na impossibilidade desta, pelo equivalente em dinheiro (tutela ressarcitória).

Ao tratar da tutela ressarcitória há o ingresso automático e inevitável na seara da responsabilidade civil, cujo elemento principal é a existência de um dano.

⁴²⁸GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 173.

Os irmãos Mazeaud afirmam que “O sentido próprio da responsabilidade civil é restabelecer tão exatamente quanto possível o equilíbrio destruído pelo dano e recolocar a vítima, às expensas do responsável, na situação onde ela se encontraria se o ato danoso não houvesse tido lugar”⁴²⁹.

No nosso sistema jurídico, superadas as hesitações iniciais, firmou-se o princípio da reparabilidade do dano moral, afastando a teoria puramente patrimonialista do dano. O Código Civil de 2002, por sua vez, no artigo 186 faz menção expressa à reparação do dano moral quando diz “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No que se refere ao dano, Clayton Reis afirma que

O dano, na visão contemporânea, não deve ser considerado como mera ofensa aos bens econômicos, mas, sobretudo, um processo de modificação da realidade material e imaterial. É necessário compreender, segundo nosso ponto de vista, que a ofensa, quando atinge os interesses da pessoa, causando alteração da situação natural em que eles se encontravam anteriormente, produz um prejuízo em face da mencionada alteração do estado das coisas. Nesse caso, qualquer que seja a modificação ocorrida na realidade, refletirá na esfera do mundo patrimonial ou extrapatrimonial do lesado⁴³⁰.

Assim sendo, a violação em si do bem jurídico acarreta o dano moral, sendo que o dano está na própria violação (*in re ipsa*), de modo que o requisito mencionado no artigo 186 do Código Civil não deixa de ser observado.

A questão maior é de aferição da existência do dano e de quantificação do dano. No que se refere aos direitos da personalidade, a lesão em si, independentemente de outras consequências materiais, acarreta o dano moral ressarcível.

Os danos causados aos direitos da personalidade podem ser morais (extrapatrimonial) e ou materiais (patrimonial ou pecuniário).

Haverá dano material quando o dano causado acarretar repercussão de ordem econômica e haverá dano moral quando o dano gerar consequências de ordem não econômica.

A indenização do dano material compreende tanto o prejuízo manifestado (dano emergente) quanto o que a vítima deixou de lucrar em razão do ato ilícito (lucro cessante).

⁴²⁹MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 2ª ed., Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1934, p. 230.

⁴³⁰REIS, Clayton. *Novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.110.

O dano moral, definido de forma negativa, é aquele que não acarreta repercussão de ordem patrimonial, mas a doutrina esforça-se para buscar um conceito positivo de dano moral, identificando-o na lesão aos interesses extrapatrimoniais.

Para Miguel Reale existem duas espécies de danos morais “a) objetivo e b) subjetivo”.⁴³¹ O dano moral objetivo seria aquele que viola a consideração social da pessoa, ou seja, que independe do sofrimento experimentado pela pessoa; já o dano moral subjetivo consiste justamente na dor, no sofrimento, nas angústias e aflições que sofre como pessoa, em sua individualidade.

Nos direitos da personalidade, em regra, as consequências patrimoniais dos ilícitos são insignificantes ou inexistentes. Diante da irremediável violação do direito, resta ao menos a possibilidade de compensar a vítima mediante a reparação dos danos morais.

Não é demais lembrar que, para configurar a responsabilidade civil pela violação dos direitos da personalidade, três requisitos são indispensáveis, a saber: o dano, a culpa e o nexo de causalidade, como em toda e qualquer violação a direito.

Quanto à finalidade da reparação de danos, ensina Clayton Reis que

O princípio basilar da indenização se assenta na idéia da plena compensação da vítima de todo e qualquer prejuízo resultado do ato ilícito. No transcurso dos anos, a sociedade aperfeiçoou os modelos de ressarcimento, tornando-os sempre cada vez mais complexos possível, abrangendo, inclusive, de forma concomitante, a esfera dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Todavia, nunca abandonou a idéia central, que sempre repousou na obrigação do ofensor de reconstituir o patrimônio do ofendido na proporção da lesão⁴³².

Há outra indagação feita com bastante frequência, referente ao fato da reparação em recursos econômicos diminuir ou não a dor e a aflição em razão da lesão ou ameaça de lesão ao direito da personalidade sofrido.

Clayton Reis responde de forma negativa. Para ele

Realmente não se justifica que, em face das incertezas existentes na fixação do quantum debeatur relativo aos danos imateriais, este fato constitua causa exonerativa da responsabilidade civil. A avaliação do *pretium doloris* é, dessa forma, uma possibilidade exequível perante a nossa atual realidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial (...). O dano moral, assim, constitui uma lesão que afeta a estrutura psicológica da vítima em seus múltiplos aspectos. A mensuração do *pretium doloris* está circunscrita à análise dos diversos fatores que concorreram para a diminuição do nível da vida de relação das pessoas. Esses reflexos decorrentes da ação lesiva, como, por exemplo, redução da capacidade laboral, doenças no sistema neurológico, abalo nas relações familiares e sociais, recolhimento das

⁴³¹ REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: **Temas de Direito Positivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 20-8, p. 20.

⁴³² REIS, Clayton. **Novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 252.

pessoas, afastamento das atividades oficiais, conflitos íntimos, insegurança, sentimento de revolta e outros semelhantes, devem ser detectados para efeito de avaliação da dimensão dos resultados ocasionados pela ofensa. Para essa tarefa, é preciso estar atento aos reflexos anímicos produzidos pela ação do ofensor. Sempre haverá uma diminuição dos valores que animam nossa vida pessoal e social, se atentarmos que a lesão aos nossos interesses psíquicos subtrai uma parcela desses bens não patrimoniais que concedem razão à nossa existência espiritual. Não constitui, por acaso, uma desvalia, a subtração do nosso equilíbrio íntimo ou da nossa felicidade? Não é, portanto, difícil ao magistrado analisar essas questões para estabelecer o montante da indenização, que seja capaz de compensar as dores vivenciadas pela vítima, e finalmente, determinar a mensuração do *pretium doloris*, utilizando-se de critérios de razoabilidade e proporcionalidade⁴³³.

No que se refere à valoração dos danos morais – o *pretium doloris* da doutrina italiana e a *plata dulce* dos argentinos, tem sido objeto das mais controvertidas discussões na doutrina e jurisprudência brasileira.

Importante é mencionar que o sistema jurídico brasileiro não adotou o tabelamento dos danos morais, como expressamente previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁴³⁴, portanto a indenização mede-se pela extensão do dano, como proclama o caput artigo 944 do Código Civil⁴³⁵.

Assim sendo, os danos morais não poderão ser objeto de tabelamento no sistema jurídico brasileiro, situação reconhecida e recomendada pela súmula 281 do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei da Imprensa”.

Por outro lado, a teoria do desestímulo, adotada pelos países do *Common law* não se aplica ao Brasil, já que os Tribunais superiores proclamam tratar-se de uma compensação, tanto quanto possui uma função destinada a desestimular o ofensor à prática de novos atos lesivos. Dessa forma, o processo de indenização dos danos morais ficará sujeito à apreciação exclusiva do magistrado ou então, em face de seu *arbitrium boni viri*.

Nesse processo de ampla e irrestrita apreciação dos fatos, o magistrado deverá considerar, segundo orientação predominante do STJ, que o valor dos danos arbitrados seja

⁴³³REIS, Clayton. **Novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 117-118.

⁴³⁴CF Art. 5º - inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁴³⁵CC - Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

pautado pelos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como pela equivalência sugerida no parágrafo único do artigo 952 do Código Civil⁴³⁶.

De qualquer forma, o juiz deverá moldar seu julgamento em face das circunstâncias de cada caso concreto, valorando o *quantum* indenizatório em face das circunstâncias que foram determinantes na produção do dano e que repercutiram na intimidade da vítima, bem como produziram efeitos no ambiente social.

5.4.2.1 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil vai ao encontro da ideia de obrigação oriunda de um ato ilícito praticado pela conduta humana ao ferir direitos e ao discordar da ordem jurídica, razão pela qual surge o dever de reparar eventuais danos que daí emanarem na esfera jurídica alheia.

A concepção atual da responsabilidade civil está baseada na noção de resposta, relacionando-se ao princípio da “proibição de ofender”, ou seja, à ideia de que não se devem lesar as pessoas – “a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano – limite objetivo da liberdade individual”⁴³⁷.

Nas palavras de Rui Stoco

Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da

⁴³⁶CC – Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

⁴³⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade Civil**. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 11ª ed. 2013. p. 44. Explica Giselda Maria Fernandes Hironaka que *neminem laedere* “é a arcaica regra, simplificada regra, na verdade, do preceito maior originado nos *Jura Praecepta* do direito romano, conhecido como *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Desde sempre – e como exigência do modo honesto de viver -, em hipótese de dano a outrem causada, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu, por meio de reparação do dano. Assim agir decorre da natural noção de que o dever de reparar o dano derivado da injusta invasão da esfera jurídica alheia integra a completude do *honeste vivere*”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.124.

responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a reparação de um conflito⁴³⁸.

Nesse sentido, a responsabilidade civil é o instituto por meio do qual se impõe ao agente que viola direito alheio e causa dano o dever de repará-lo, pois, “ao direito da vítima à reparação do dano que injustamente sofre corresponde um dever de recuperação ou, ao menos, de reaproximação do estado anterior à lesão causada”⁴³⁹, em atenção à dignidade da pessoa humana⁴⁴⁰. Sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Nesse sentido, a responsabilidade civil surge da violação de um dever jurídico preexistente (originário) que pode ser imposto pela lei ou pela vontade das partes. Dessa forma, a depender do dever jurídico originário, a responsabilidade civil resultante de seu descumprimento será extracontratual quando não houver relação obrigacional entre os indivíduos e contratual quando houver prévia existência de vínculo entre eles.

Cabe neste momento enfatizar que a responsabilidade civil pode, sim, estar vinculada a uma obrigação, mas com ela não se confunde em definitivo. A responsabilidade civil surge da violação do dever jurídico originário (da obrigação) que causar dano.

Sergio Cavalieri Filho retrata bem a diferença entre responsabilidade civil e obrigação. Vejamos:

Devemos a Alois Brinz essa importante distinção entre obrigação e responsabilidade, o primeiro a visualizar dois momentos distintos na relação obrigacional: o do débito (Schuld), consistente na obrigação de realizar prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade (Haftung), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter a correspondente indenização pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento da obrigação originária⁴⁴¹.

Ainda nestas ideias gerais, cumpre mencionar que a responsabilidade civil traz em seu bojo o dever de responder pelas lesões causadas a terceira pessoa. Consiste mais especificamente na reparação dos danos, sejam eles decorrentes de conduta ilícita culposa ou do risco. Nesse sentido, a responsabilidade civil se divide em subjetiva, quando se baseia na teoria da culpa, ou seja, na conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano e objetiva, quando irrelevante a questão da culpabilidade, vez que o dever de indenizar

⁴³⁸STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.112.

⁴³⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.125.

⁴⁴⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 12, out./nov. 2009, p. 05.

⁴⁴¹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 03.

decorre, neste caso, de previsão normativa ou do exercício de atividade de risco que causa dano aos direitos das pessoas.

Álvaro Villaça de Azevedo define nessa linha a responsabilidade civil como “a situação de indenizar por dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda decorrente do risco para os direitos de outrem”⁴⁴².

O dever de reparar as lesões causadas possui, de acordo com a doutrina mais balizada, três finalidades: reparatória, punitiva e preventiva. A finalidade mais importante da responsabilidade civil é, sem dúvida, a de reparar, ressarcir os danos causados a outrem e restituir o mais possível o *status quo ante*.

Ocorre que a responsabilidade civil possui de forma secundária a finalidade de punir o causador do dano em razão da ausência de cautela na prática de seus atos, acreditando que dessa forma não mais lesionará. A terceira e última finalidade é a de prevenir, também chamada de pedagógica. Nesse sentido, a responsabilidade civil teria como função inibir e desestimular a reiteração da conduta causadora do dano diante da certeza ou elevada probabilidade de condenação na reparação. E mais. Não há dúvida de que melhor do que reparar o dano, é preveni-lo.

Nesse sentido é a lição de Maria Clara Osuna Dias Falavigna,

Muito embora o sentido da responsabilidade civil seja a reparação do dano, essa reparação tem um sentido teleológico, que é a sanção que refletirá em toda a sociedade, o que nos leva a concluir que o dano não repercute apenas no patrimônio individual do indivíduo lesado, já que traduz uma punição que visa a compelir outros indivíduos a se absterem de realizar o mesmo ato, nos mesmos moldes da sanção penal⁴⁴³.

Feitas essas considerações gerais a respeito da responsabilidade civil, cumpre lembrar que no presente estudo o objetivo é focar a responsabilidade civil por violação aos direitos da personalidade quando da prática de alienação parental. Por essa razão far-se-á limitação à responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, ou seja, aquela oriunda do desrespeito ao direito alheio e às normas que regem a conduta, conforme prescrevem os artigos 186⁴⁴⁴ e 927, *caput*⁴⁴⁵, do Código Civil Brasileiro.

⁴⁴²AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.244.

⁴⁴³FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Dias. A composição do dano em um modelo solidarista. **In: Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade** (Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Maria Clara Osuna Dias Falavigna). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 280.

⁴⁴⁴CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

⁴⁴⁵CC - Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A doutrina especializada diverge bastante no que se refere aos elementos estruturais da responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos na responsabilidade civil.

São eles: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil temos o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade⁴⁴⁶.

Sérgio Cavalieri Filho encontra os seguintes elementos, quais sejam: “a) conduta culposa do agente; b) culpa genérica; c) nexo de causalidade; d) dano”⁴⁴⁷.

Cumprido ressaltar que prevalece o entendimento de que a culpa genérica é elemento essencial da responsabilidade civil.

No tocante ao elemento da conduta humana, esta pode ser positiva (ação) ou negativa (omissão), voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. Quanto à conduta omissiva, faz-se necessário existir o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada.

A regra é de que, quando a conduta humana gera ilicitude, há o correspondente dever de indenizar seu agente, mas a pessoa também pode responder por danos que não foram por ela praticados nos casos previstos nos artigos 942 caput⁴⁴⁸, 936⁴⁴⁹, 937⁴⁵⁰ e 938⁴⁵¹ do Código Civil Brasileiro, artigos esses que tratam da responsabilidade civil por ato de terceiro, por ato de animal e por fato de coisa inanimada respectivamente.

Importante é salientar o fato de que a conduta deve estar ligada à ideia de ato ilícito, sendo que ato ilícito é todo ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Nesse sentido, a conduta deve ser ilícita para surgir o dever de indenizar.

Ademais, a conduta humana deve ser voluntária, ou seja, resultante da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que

⁴⁴⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 5º volume. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.42.

⁴⁴⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.41.

⁴⁴⁸CC - Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

⁴⁴⁹CC - Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

⁴⁵⁰CC - Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

⁴⁵¹CC - Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

faz. Importante salientar que a voluntariedade não deve ser confundida com a intenção de causar dano; a voluntariedade é apenas a consciência daquilo que se está fazendo.

O segundo elemento é a culpa genérica que engloba o dolo e a culpa estrita.

O dolo nada mais é do que a violação intencional do dever jurídico com o objeto de prejudicar outrem. A culpa, por sua vez, é a falta de cuidado, cautela, relacionada diretamente com a imprudência (falta de cuidado mais ação), negligência (falta de cuidado mais omissão) e imperícia (falta de qualificação de um profissional para desempenhar uma determinada função).

Ressalte-se que, para o direito civil, diferentemente do direito penal, não importa se o agente praticou o ato com culpa ou dolo, as consequências são as mesmas, ou seja, haverá a obrigação de reparar o dano causado e/ou indenizar os prejuízos sofridos.

Contudo, a diferença da prática dolosa e culposa pode ser analisada quando da fixação da indenização, o que a doutrina denomina de teoria da causalidade adequada: redução proporcional da indenização ou redução da indenização por equidade, conforme preveem os artigos 944⁴⁵² e 945⁴⁵³ do Código Civil Brasileiro.

A regra geral do direito civil é a adoção da teoria da culpa, pela qual haverá obrigação de indenizar somente se houver culpa genérica do agente.

O próximo elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, o qual constitui o elemento imaterial da responsabilidade civil, ou seja, é a relação de causa e efeito entre a conduta humana e o dano sofrido pela vítima. É preciso indagar se o dano é resultado necessário da conduta ilícita do agente.

Nas lições de Sergio Cavalieri Filho, o nexo causal

Estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente⁴⁵⁴.

No que se refere ao nexo causal, há três teorias que procuram explicá-lo, ou seja, demonstrar a verdadeira causa do dano, em especial, quando mais de um fato está relacionado à sua ocorrência. São elas: 1) teoria da equivalência de condições (*conditio sine qua non*); 2) teoria da causalidade adequada e 3) teoria dos danos diretos e imediatos.

⁴⁵²CC - Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁴⁵³CC - Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁴⁵⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

Segundo a teoria da equivalência das condições, todos os fatos que concorrem para o resultado danoso são considerados causa e, conseqüentemente, geram responsabilidade civil. Essa teoria não faz distinção entre causa e condição, dessa forma, todas as causas e condições que concorreram para o resultado danoso se equivalem.

Álvaro Villaça de Azevedo explica que “todas as concausas, condições e circunstâncias que tenham concorrido para o evento danoso devem ser consideradas englobadamente como causas. Sem esse somatório de condições e circunstâncias, o prejuízo não ocorreria”⁴⁵⁵.

Essa teoria é extremamente abrangente, pois considera todos os antecedentes que contribuíram para o resultado danoso uma causa, ampliando demais a relação e podendo gerar decisões judiciais injustas. Essa teoria não é adotada pelo direito civil brasileiro.

A teoria da causalidade adequada não considera como causa toda e qualquer condição que contribua para a ocorrência do dano. Para essa teoria, causa “é o antecedente não só necessário, mas também, adequado à produção do resultado”⁴⁵⁶.

Agostinho Alvim expõe com maestria o fundamento da teoria da causalidade adequada

Apreciando certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produziu o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada⁴⁵⁷.

Para essa segunda teoria, a questão se resume à adequação e ao juízo de probabilidade. É preciso verificar se a causa efetivamente concorreu para o evento danoso, bem como se ela, em abstrato, segundo a experiência comum, seria adequada à produção de tal evento.

A terceira e última teoria é a teoria dos danos diretos e imediatos, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal.

Nas palavras de Álvaro Villaça de Azevedo, essa teoria consagra as duas anteriores e revela o posicionamento acolhido pelo legislador brasileiro, nos termos do artigo 403 do

⁴⁵⁵AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 253.

⁴⁵⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

⁴⁵⁷ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 304.

Código Civil que, embora trate da responsabilidade contratual, também se aplica à extracontratual⁴⁵⁸.

A expressão “direta e imediata” não significa que o dano deve decorrer da causa cronologicamente mais próxima ao resultado danoso, mas, sim, daquela necessária, mais determinante a sua ocorrência, ainda que remota, sem a qual o dano não existiria⁴⁵⁹.

Essa teoria é adotada por parte da doutrina, que entende ter sido ela colhida pelo legislador brasileiro no atual código civil.

Sergio Cavalieri Filho entende, também se baseando no artigo 403 do Código Civil⁴⁶⁰, que o legislador adotou a teoria da causalidade adequada.

Desse modo, é importante mencionar que a controvérsia persiste na doutrina e na jurisprudência, mas o que se verifica é a prevalência da investigação da causa necessária do evento danoso.

Deve-se atentar para as excludentes do nexo de causalidade que acabam por impedir a pretensão indenizatória. Com a exclusão do nexo causal não há falar-se em responsabilidade civil. Entre as excludentes estão: o estado de necessidade (artigo 188 do CC⁴⁶¹), a legítima defesa (artigo 188 do CC), o exercício regular do direito e estrito cumprimento (artigo 188 do CC), caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

O último elemento da responsabilidade civil é o dano.

Sergio Cavalieri trata da inafastabilidade do dano. Vejamos:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade em culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa⁴⁶².

Para que o dano seja indenizável é indispensável que haja a presença dos seguintes requisitos: 1) violação a interesse juridicamente tutelado, 2) certeza do dano e 3) subsistência

⁴⁵⁸AZEVEDO, op. cit., p. 254.

⁴⁵⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

⁴⁶⁰CC - Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁴⁶¹CC - Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁴⁶²CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.70.

da lesão. O primeiro requisito nada mais é do que a violação a um bem jurídico de outra pessoa. O segundo requisito trata da certeza do dano, ou seja, este deve ser certo, efetivo e real. É importante mencionar neste requisito que o dano pode ser atual ou futuro, ou seja, pode ser potencial. Dessa forma, o dano certo abarca aquelas situações em que uma constatação de fato atual pode projetar no futuro uma consequência necessária. Já o terceiro requisito informa que o dano deve ser subsistente, ou seja, não pode ter sido reparado até o momento de sua reclamação em juízo.

Conforme já visto neste estudo, o dano, na atualidade, não decorre apenas da lesão ao patrimônio economicamente aferível, mas também dos direitos inatos do homem, direitos da personalidade, que não possuem expressão pecuniária essencial, contudo são passíveis de violação.

Como também já mencionado, o dano pode ser moral, material e ainda estético.

O dano material ou patrimonial consiste naquele dano que repercute em bens suscetíveis de avaliação pecuniária. Em geral o dano patrimonial resulta da violação a interesses patrimoniais, mas também é possível que decorra de lesão a interesse não patrimonial, como, por exemplo, a violação de bens personalíssimos (nome, imagem e entre outros), que se reflete no patrimônio da vítima e gera perda de receita.

O dano material é suscetível de valoração econômica, sendo que sua reparação pode levar ao *statu quo ante* ou ao pagamento de indenização pecuniária equivalente ao prejuízo sofrido. Abrange ainda os lucros cessantes e os danos emergentes; o primeiro consiste naquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar ou lucrar e o segundo corresponde ao que a vítima efetivamente perdeu.

Por sua vez a conceituação de dano moral, que, adiante será melhor abordado, encontra divergência na doutrina. Silvio Rodrigues define dano moral como aquele dano “sem qualquer repercussão patrimonial, que ocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio”⁴⁶³.

Há um segundo posicionamento a respeito dos danos morais, que os define como aqueles danos oriundos da lesão aos direitos da personalidade e a todos os interesses não patrimoniais, abrangendo as dores físicas e emocionais. Nesse sentido é o entendimento de Yussef Said Cahali. Vejamos:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela

⁴⁶³RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72.

sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral⁴⁶⁴.

Tem-se ainda uma definição restritiva do dano moral. Maria Celina Bodin de Moraes entende que “constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana, de tal modo que toda circunstância que atingir a condição humana de determinada pessoa, viola sua personalidade e causa dano moral”⁴⁶⁵.

Já o dano estético, que não se confunde com o moral, compreende a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém.

Carlos Bittar ensina que dano é “a lesão suportada por certa pessoa, tanto em seu patrimônio (dano material) como em sua personalidade (dano moral), em função de ato ilícito, ou de exercício de atividade perigosa realizada por outrem”⁴⁶⁶.

O direito civil e seus institutos atualmente passaram a ser analisados sob o prisma da Constituição Federal de 1988, sendo muito utilizada a expressão direito civil constitucional.

Esse chamado Direito Civil Constitucional vem amparado em princípios básicos, que possuem relação direta com a responsabilidade civil.

O primeiro princípio é o da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, já mencionado neste estudo, segundo o qual a responsabilidade civil deve ser tratada com base na repersonalização do direito privado, ou seja, na valorização da pessoa em detrimento da despatrimonialização (desvalorização do patrimônio). É com fundamento nesse princípio que se defende a imprescritibilidade para os eventos danosos envolvendo direitos da personalidade, ocorridos na vigência do Código Civil de 2002.

O segundo princípio é o da solidariedade social, previsto no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 e vem sendo aplicado para responsabilizar o pai condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais oriundos do abandono paterno-filial.

⁴⁶⁴CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

⁴⁶⁵MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucionalista dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 327.

⁴⁶⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade**. Revista do Advogado, n.º 38, dez. 1992, p. 15.

Por fim, o terceiro princípio é o da isonomia, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A função primordial do princípio da igualdade *lato sensu* é tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais. Esse princípio demonstra a impossibilidade de tarifar o dano moral, uma vez que a apreciação deste dependerá da análise do caso concreto.

O direito civil, sob essa nova perspectiva constitucional, possibilita o alcance da reparação dos danos em seus mais variados aspectos, ou seja, não se pode compreender o direito civil atual sem fazer consulta e menção à principiologia constitucional que determina ser a dignidade da pessoa humana sua ferramenta central e primordial.

Nesse sentido, a responsabilidade civil dependerá, sim, do preenchimento dos elementos brevemente mencionados acima (conduta humana, culpa genérica, nexos causal e dano), mas com vistas à pessoa humana envolvida.

Importante ainda é mencionar que a responsabilidade civil é instituto aplicável ao direito de família, especialmente no que se refere à relação de parentalidade, que envolve sujeitos vulneráveis, em fase de desenvolvimento, sendo os pais responsáveis, sim, pelo fornecimento de todas as condições necessárias à formação saudável e completa dos filhos.

Explica Paulo Luiz Netto Lôbo que

A viragem copernicana da assunção de deveres fundamentais em face da criança resulta de sua emersão como sujeito de direitos próprio. A responsabilidade com sua formação integral, em respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, é muito recente na história da humanidade. A concepção até então existente de pátrio poder era de submissão do filho aos desígnios quase que ilimitados do pai; a criança era tida mais como objeto de cuidado e correção do que como sujeito próprio de direitos. Fora da família, a criança era tida como menor em condição irregular. No Brasil, a viragem, decorrente da difusão internacional da doutrina de proteção integral da criança, concretiza-se com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. De objeto a sujeito chega-se à responsabilidade e aos direitos fundamentais⁴⁶⁷.

A jurisprudência admite com certa restrição a aplicação da responsabilidade civil às relações familiares. Contudo, a reparação dos danos patrimoniais e morais decorrentes da violação de deveres familiares é plenamente cabível, desde que presentes os elementos da responsabilidade civil⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias contemporâneas e dimensões da responsabilidade**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 12, out./nov. 2009, p. 14.

⁴⁶⁸MADALENO, Rolf. O dano moral na investigação de paternidade. **In: Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Dias (Coords). Porto Alegre: Magister, 2007. p. 354-355.

5.4.2.2 Dano moral e sua reparação

Conforme já mencionado brevemente, há divergência doutrinária quanto à conceituação de dano moral. Acreditamos que o dano moral decorre da violação à dignidade humana, e, em última análise à personalidade.

José Fernando Simão afirma que

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem e, assim, inclui todos os direitos da personalidade. Conclui-se que o dano moral nada mais é do que a violação do direito à dignidade⁴⁶⁹.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, “porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos da personalidade”⁴⁷⁰.

Segundo Luiz Paulo Netto Lôbo

Não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade (...). A rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reenvio dos casos de dano morais aos tipos de direitos da personalidade. Nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipos (...). O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais⁴⁷¹.

Assim, o dano moral configura-se pela efetiva lesão aos atributos da personalidade humana, que pode ou não, provocar dor, humilhação, sofrimento, aflições, tristeza, angústia e desequilíbrio no bem-estar físico e mental. A dor pode ser consequência do dano moral, mas não é o dano propriamente dito⁴⁷².

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho tecem alguns comentários a respeito da denominação “dano moral”:

Isso porque a expressão ‘dano moral’ somente por estar amplamente consagrada na doutrina e na jurisprudência pátria. Todavia, reconhecemos

⁴⁶⁹SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

⁴⁷⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.76.

⁴⁷¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

⁴⁷²MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucionalista dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 131.

que a mesma não é tecnicamente adequada para qualificar todas as formas de prejuízo não fixável pecuniariamente. Mesmo a expressão ‘danos extrapatrimoniais’, também de uso comum na linguagem jurídica, pode se tornar equívoca, principalmente se for comparada com a concepção de ‘patrimônio moral’, cada vez mais utilizada na doutrina e jurisprudência, que supostamente abrangeria, entre outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem da pessoa. Melhor seria utilizar-se o termo “dano não-material” para se referir a lesões de patrimônio imaterial, justamente em contraponto ao termo “dano material”, como duas faces da mesma moeda, que seria o “patrimônio jurídico” da pessoa física ou jurídica⁴⁷³.

Assim sendo, havendo lesão aos direitos da personalidade, não se discute, há dano moral ou imaterial passível de reparação na ótica do Direito Civil – responsabilidade civil, só que essa reparação é um meio para atenuar as consequências do prejuízo imaterial, e não a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento.

No intuito de compreender o dano moral voltado aos direitos da personalidade, vale trazer a classificação apresentada pela doutrina.

O dano moral pode ser classificado, inicialmente, em sentido próprio, como aquele que causa na pessoa dor, amargura, tristeza; e em sentido impróprio, como qualquer lesão a direito da personalidade.

No que se refere à necessidade ou não de prova, o dano moral pode ser subjetivo ou provado, que é aquele que necessita ser provado pelo autor da demanda (regra geral) e objetivo ou presumido, no qual não há a necessidade de prova.

Maria Celina Bodin de Moraes ensina que

Enquanto o dano patrimonial exige a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral não é necessária a prova para configuração da responsabilização civil, bastando a própria violação à personalidade da vítima. Em consequência, depois de restar superada a máxima segundo a qual “não há responsabilidade sem culpa”, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento de responsabilidade, desmentido se vê hoje, também, o axioma, segundo o qual não haveria responsabilidade sem prova do dano [...] ⁴⁷⁴.

Há divergência na doutrina quanto à necessidade ou não de prova do dano moral. Flávio Tartuce entende que o dano moral deve ser, em regra, provado. Vejamos:

Ultimamente, a tendência da jurisprudência é de ampliar os casos envolvendo a desnecessidade de prova do dano moral diante do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), um dos baluartes do Direito Civil Constitucional. De qualquer forma, visando

⁴⁷³GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 6ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 218.

⁴⁷⁴MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucionalista dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 158-159.

afastar o enriquecimento sem causa, dotando a responsabilidade civil de uma função social importante, seguimos o entendimento pelo qual se deve considerar como regra a necessidade de prova, presumindo-se o dano moral em alguns casos, como no protesto indevido de títulos, morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte do corpo⁴⁷⁵.

Quanto à pessoa atingida, o dano moral pode ser direto, aquele que atinge a própria pessoa e indireto ou em ricochete quando atinge a pessoa de forma reflexa.

E ainda de acordo com o Professor Carlos Alberto Bittar, os danos morais podem ser puros (ou diretos) ou reflexos (ou indiretos), sendo que os primeiros se referem aos danos que “se exaurem nas lesões a certos aspectos da personalidade, enquanto os últimos constituem efeitos ou interpolações do patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado”.⁴⁷⁶

A reparabilidade do dano moral sempre suscitou diversas controvérsias, mas a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 a preveem expressamente. No mais, o dano moral deverá ser analisado no caso concreto quanto ao seu cabimento e quanto à sua reparação, pois não se confunde com meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

No que se refere à natureza jurídica da reparação do dano moral, segundo Flávio Tartuce há três correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito:

1ª Corrente: A indenização por danos morais tem intuito reparatório/compensatório, sem qualquer caráter disciplinador. Essa tese encontra-se superada pela jurisprudência. 2ª Corrente: A indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada nos Estados Unidos da América, com o conceito de *punitives damages*. Essa corrente não é bem aceita pela nossa jurisprudência que vê perigos na sua aplicação. Aqui estaria a teoria do desestímulo. 3ª Corrente: A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter disciplinador acessório, visando coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese tem prevalecido atualmente⁴⁷⁷.

O Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado a questão e, ao fixar o valor do dano moral, procura atender à sua dupla função, ou seja, reparar o dano, com a minimização da dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir.

Clayton Reis, por sua vez entende que

A reparação de danos morais tem três funções, ou seja, uma compensatória, outra punitiva e uma terceira função que é a social, ou seja, por meio de uma quantia paga em dinheiro pelo agente causador do dano moral haverá uma função satisfativa e compensatória para o ofendido, bem como haverá

⁴⁷⁵TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 398.

⁴⁷⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.52.

⁴⁷⁷TARTUCE, op. cit., p.337.

ao mesmo tempo, uma função punitiva para o ofensor (assim, tendo em vista que na função punitiva da reparação do dano moral o ofensor tem seu patrimônio diminuído, deve ser atentado para que esta diminuição do patrimônio tenha realmente caráter preventivo, daí a importância de se verificar as condições financeiras do ofensor no momento da apuração do *quantum* indenizatório), e, por último, entende-se que haverá a função social do dano moral quando a condenação do ofensor gera nele um processo de conscientização, exercendo importante papel inibidor de novos atos prejudiciais a terceiros, produzindo imediatos reflexos no contexto social”⁴⁷⁸.

Por fim, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve agir com equidade, analisando: a) a extensão do dano; b) as condições socioeconômicas dos envolvidos; c) as condições psicológicas das partes; d) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima; e) princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho afirma que o Juiz deve fixar a indenização de acordo com seu prudente arbítrio, considerando a “reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes”⁴⁷⁹.

Conforme amplamente analisado, a violação aos direitos da personalidade faz nascer o dano moral, uma vez que tais direitos estão relacionados com algo intrínseco ao ser humano, mais interno do que externo, e não material.

Conforme já elencado o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, além de ser fundamento da República Federativa do Brasil justifica a reparação do dano moral.

Já foi mencionado também que a comprovação do dano moral não é tarefa fácil, mas essa dificuldade não deve justificar a desistência de sua reparação. A reparação dos danos morais deve ser buscada de forma constante, uma vez que os direitos da personalidade ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro com o fim especial de elevar a pessoa, dar maior importância a ela em detrimento dos bens, do patrimônio que, por longos anos, foi o centro gravitacional do pensamento e da importância do mundo jurídico.

Os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana e o dano moral trouxeram inovação à interpretação das leis, o que precisa ser constantemente analisado

⁴⁷⁸REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴⁷⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.90.

pelos operadores do Direito. Assim sendo, a aplicação das normas tem como pressuposto sua efetividade dentro das relações pessoais e perante a sociedade.

Importante ainda é mencionar que não se pretende com este trabalho fomentar a indústria do dano moral, uma vez que todas as relações pessoais possuem riscos suportáveis. No entanto, não se podem excluir da reparação por danos morais as lesões aos direitos da personalidade havidas nas relações mais caras e mais íntimas que são aquelas havidas entre pessoas unidas por laços de sangue, por amor, por afetividade, tais como pais e filhos ou ainda cônjuges, companheiros e familiares, entre outros.

No próximo e último capítulo pretende-se demonstrar que a prática atualmente denominada de alienação parental quando efetivamente concretizada e transformada em síndrome de alienação parental pode gerar e, em regra, gera gravíssimas violações aos direitos da personalidade tão presentes e tão marcantes nas relações entre pais e filhos.

A nosso ver, o autor da alienação parental, muitas vezes sem ter consciência da extensão de seus atos, viola os direitos da personalidade dos filhos, devendo ser responsabilizado por tal prática.

Nesses casos, a violação ocorre naquilo que há de mais íntimo nas relações pessoais, no afeto, no amor, na presença ou na ausência de pessoas queridas, no direito de convivência familiar, na imagem ou conceito que se tem em relação às pessoas queridas, cabendo perfeitamente a busca pela reparação dos danos sofridos; danos esses que maculam a personalidade, a autoestima, o caráter das crianças e adolescentes, seres em formação.

6. A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FORMA DE ABUSO E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Silvio Rodrigues explica que os direitos da personalidade são

Inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra⁴⁸⁰.

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, entende que os direitos da personalidade são definidos como

Direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos⁴⁸¹.

A alienação parental, conforme estudado, é a maneira encontrada, seja qual for a prática ou método utilizado, para afastar e retirar o filho da convivência de um dos genitores, ferindo, a nosso ver, os direitos da personalidade da criança e do genitor também vítima da prática alienadora. Nesse sentido, é importante lembrar que os direitos da personalidade, além de outros atributos, são irrenunciáveis.

Entre os direitos da personalidade afetados com a instalação da síndrome da alienação parental na relação entre pais e filhos estão o direito à família, o direito à convivência familiar, o direito ao afeto, o direito à manutenção de laços afetivos, o direito à identidade, entre outros.

O direito à convivência familiar consiste na possibilidade de a criança ou o adolescente conviver com ambos os genitores e demais familiares, em um ambiente ideal de harmonia, respeito e afeto, que possibilite ao menos o completo desenvolvimento psicológico e social dos envolvidos.

Tal direito está previsto no caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

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,

⁴⁸⁰RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁸¹BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 01.

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em seu artigo 19 prevê que

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Nesse sentido, lecionam Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Gustavo Ferraz de Campos Monaco “[...] ao afetar o direito à convivência familiar por meio de opressão e da violência psíquica, a síndrome de alienação parental macula a dignidade humana também por afetar a identidade pessoal da criança”⁴⁸².

A alienação parental tem como objetivo principal a desvalorização, a destruição da figura do outro genitor, em regra o não guardião, a destruição do sentimento, da identidade que o filho ou filha possui em relação ao outro genitor. Práticas como essas violam, sim, os direitos da personalidade dessa criança e do genitor alienado, vez que há verdadeira mácula à dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que os direitos da personalidade reconhecem os valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a integridade física e a integridade psíquica, entre outros.

A pessoa humana, por sua vez, é bem maior amplamente protegido pela Constituição Federal, sendo que o inciso III do artigo 1º da Carta Magna traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Nelson Rosenvald entende que

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos da personalidade. No constitucionalismo moderno a tutela do ser humano é positivada mediante direitos fundamentais, cuja fonte é a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana como elemento fecundante inspira proteção integral, esmaecendo as fronteiras entre as situações jurídicas inicialmente vinculadas ora aos direitos humanos, ora aos direitos da personalidade⁴⁸³.

Ivan Aparecido Ruiz e Valéria Galdino Silva Cardin entendem que

A alienação parental fere a integridade psíquica do filho e do genitor alienado, atingindo a dignidade humana daqueles, levando o menor a

⁴⁸²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome da Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

⁴⁸³ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

desenvolver patologias como hipocondria, insônia, anorexia, depressão, medo, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas⁴⁸⁴.

Tais autores prosseguem advertindo que

A alienação parental atinge também o direito ao respeito, à saúde e à própria vida dos agentes alienados, sendo que este, como um direito de ordem física, (...) ocupa posição de primazia na sociedade e perante a nossa legislação, tanto que a Constituição Federal de 1988 declara e garante que o direito à vida é inviolável (artigo 5º, *caput*, da CF/88)⁴⁸⁵.

Importante é mencionar também que o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal⁴⁸⁶ traz em seu bojo o princípio da paternidade responsável, pelo qual os genitores/pais devem ter completa consciência dos deveres que surgem com o nascimento de um filho. Nesse mesmo sentido, dispõem os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁸⁷ e o inciso IV do artigo 1.566 do Código Civil⁴⁸⁸.

Não há dúvida de que os pais, além de proverem a assistência material, moral, afetiva e intelectual dos filhos, têm o dever de educá-los com responsabilidade. Fala-se neste ponto novamente no princípio da paternidade responsável.

Nas palavras de Ivan Aparecido Ruiz e Valéria Silva Galdino Cardin:

A alienação parental impossibilita a convivência familiar – que é fator essencial de formação da personalidade infanto-juvenil, pois a criança não cresce de maneira saudável sem a construção de um vínculo afetivo, estável e verdadeiro com seus pais –, sendo causa de transgressão do princípio da convivência familiar, previsto no já citado artigo do texto constitucional. O estabelecimento de vínculos afetivos é, então, substancial

⁴⁸⁴RUIZ, Ivan Aparecido; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A mediação na alienação parental: uma via aberta para pacificação familiar, como forma de acesso à justiça. In: Congresso Nacional de Conpedi, 19, 2010, Florianópolis. *Anais...* p. 167-194, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 190.

⁴⁸⁵Ibidem, p. 190.

⁴⁸⁶CF - § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴⁸⁷ECA - Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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.

⁴⁸⁸CC – Art. 566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

à condição humana e se constitui em um requisito essencial ao desenvolvimento⁴⁸⁹.

A Convenção sobre Direito da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pelo Congresso Nacional Brasileiro por meio do Decreto Legislativo 28, ratificada com a publicação do Decreto n.º 99.710/1.990 e dessa forma incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal em seu artigo 227, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu já citado artigo 3º e o Código Civil brasileiro em seu artigo 1.634⁴⁹⁰, que dispõe sobre o poder familiar, tratam do princípio do melhor interesse da criança. Dessa forma, a criança passou a ser vista como cidadã, como sujeito de direitos, recebendo proteção especial e prioritária.

Ainda no entendimento de Ivan Aparecido Ruiz e Valéria Silva Galdino Cardin

A alienação parental também desrespeita o amadurecimento moral, afetivo dos menores e fere o princípio da solidariedade, que corresponde ao compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas pelas outras, em comunhão de atitudes e sentimentos. Além de atingir o princípio da dignidade da pessoa, previsto no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal, que pode ser compreendido como a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor, o respeito que pode exigir de todos pela sua condição de ser humano, de não ser prejudicado em sua existência, vida, corpo ou saúde, e de usufruir de um âmbito existencial característico seu. Do respeito à dignidade da pessoa humana surgem consequências como a igualdade de direitos entre todos, a garantia à independência e autonomia de vontade, a não imposição de condições subumanas de vida⁴⁹¹.

Há casos ainda de alienação parental em que o genitor alienador faz intrigas familiares, comete o abuso de praticar falsas acusações criminais contra o genitor alienado, que nessa situação, além de se ver afastado, por vezes proibido de manter contato com seu filho ou filha, ainda tem de provar sua índole, seu caráter para a sociedade e para a justiça.

Nos casos de falsas denúncias de abuso sexual, o genitor alienador pratica grave violação aos direitos da personalidade dos filhos e do outro genitor, pois coloca os filhos em situação de absoluto constrangimento perante pessoas estranhas, fazendo com que, por

⁴⁸⁹RUIZ, Ivan Aparecido; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A mediação na alienação parental: uma via aberta para pacificação familiar, como forma de acesso à justiça. In: Congresso Nacional de Conpedi, 19, 2010, Florianópolis. *Anais...* p. 167-194, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 190.

⁴⁹⁰CC - Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁴⁹¹RUIZ, Ivan Aparecido; CARDIN, Valéria Silva Galdino, op. cit, p.190.

vezes, acreditem que tal prática de fato ocorreu, o que gera na criança ou no adolescente sentimento de repugnância praticamente irremediável em relação ao outro genitor.

E os direitos da personalidade do genitor acusado falsamente de haver praticado abuso sexual em relação aos filhos? As violações são cristalinas, sua moral, sua identidade, seu caráter, sua honra são maculados com informações falsas e graves, ferindo a dignidade humana.

Nos casos de falsas denúncias de abuso sexual, como se não bastasse o prejuízo sentimental causado ao genitor acusado e ao filho, o pior aspecto que pode decorrer de um caso como esse é a criança ou o adolescente desencadear o processo traumático de algo que não existiu efetivamente, mas que ele é levado a crer que ocorreu.

Os psicólogos que trabalham e estudam a alienação parental afirmam que os problemas causados em razão de tal prática ecoam por toda a vida da pessoa, que a criança, apesar de não possuir memória sensorial, adquire uma espécie de “falsa memória”, tornando-se um adulto problemático, especialmente, no que se refere às relações pessoais.

Andreia Calçada afirma que

Em função do imaginário infantil e do que os psicólogos chamam de verdade psíquica para a criança; as consequências de uma falsa acusação de abuso sexual deixam marcas tão cruéis e graves quanto a de um abuso real. As crianças ficam sujeitas a apresentar algum tipo de patologia grave, nas esferas afetiva, psicológica e sexual, pois vivenciam um conflito interno nessa relação triangular de pai, mãe e filho.⁴⁹²

Giselle Câmara Groening, ao tratar as diferenças de gênero, adverte “O Fênomeno da Exclusão Parental afeta toda a família e impede a realização e bem-estar de seus integrantes. O fenômeno viola o direito de convivência entre pais e filhos que, como dito, deve ser respeitado como um Direito de Personalidade”⁴⁹³.

Dessa forma, acredita-se que a alienação parental infringe inúmeros direitos da personalidade, seja dos filhos envolvidos, seja do genitor alienado, tais como o direito à convivência familiar, à afetividade, à integridade psíquica, à solidariedade, ao respeito e à liberdade, entre outros.

⁴⁹²CALÇADA, Andreia. **Falsas Acusações de Abuso Sexual e a Implantação de Falsas Memórias**. Organizado pela APASE – Associação de Pais e Mães Separados. São Paulo: Equilíbrio, 2008.

⁴⁹³GROENINGA, Giselle Câmara. O Fenômeno da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 134.

6.1 Responsabilização civil

O processo de reparação e indenização dos danos morais no direito de família é o resultado da defesa integral dos direitos da personalidade e do patrimônio consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Os referidos valores fundamentais representam na ordem jurídica o centro gravitacional de todo o ordenamento jurídico, com foco na pessoa humana como eixo de uma constelação de valores.

A família, por sua vez, constitui o núcleo essencial no sistema social do Estado e, por essa razão, mereceu do legislador proteção especial. É na intimidade dessa microsociedade que se operam e se vivenciam os mais sagrados valores ético-morais conhecidos no ambiente social.

Se a relação familiar é sagrada, como descrever a relação entre pais e filhos senão como um elo vital para o desenvolvimento humano saudável. Tal relação precisa ser mantida e garantida. Quando violada pela prática da alienação parental, que acaba por construir falsas e negativas imagens, falsos e perversos conceitos para os filhos em relação ao pai, à mãe ou em relação ao pai e à mãe acaba por causar danos irreparáveis uma vez que viola direitos íntimos, direitos da personalidade. Tal violação, lesão aos direitos da personalidade gera direito de reparação à ou às vítimas, autorizando a busca por justa indenização em razão dos danos morais e materiais sofridos.

A prática da alienação parental, se detectada de forma prematura, ou seja, quando ainda não instalada a síndrome da alienação parental, pode dar ensejo à tutela inibitória, tutela essa já vista neste estudo, que visa a prevenir, obstar a violação a direitos.

Nos casos em que a síndrome da alienação parental já estiver instalada, sendo visíveis as consequências nefastas na vida e nos sentimentos dos filhos para com o genitor alienado e também na vida do genitor alienado, abre-se espaço para a tutela ressarcitória, com a qual se buscará a recomposição do patrimônio material e imaterial violado, que gerou profundas fissuras e muito provavelmente não poderão ser reparadas na personalidade dos envolvidos.

Na realidade, a ideia é evidenciar que a prática da alienação parental gera violação os direitos mais pessoais e íntimos das partes envolvidas na relação pais e filhos, ou seja, gera lesão nos direitos da personalidade, sendo possível o procedimento indenizatório para

compensar as vítimas pelos estresses, pelas dores vivenciadas nessas traumáticas situações, que afetam substancialmente o equilíbrio das pessoas envolvidas.

Somente dessa forma será possível ao Estado cumprir sua missão constitucional de conferir especial proteção ao direito de família, na certeza de que o fazendo, estará possibilitando que as relações entre pais e filhos se perpetuem de forma saudável, como de fato devem ser.

É no direito de família em que se operam os mais graves danos morais, oriundos das rupturas traumáticas vivenciadas pelas partes envolvidas nesse processo. Daí, por que, segundo o princípio da equivalência, o valor dos danos morais deve se amoldar a essa circunstância, no sentido de que o *quantum* indenizatório corresponda a valores equivalentes à extensão da dor sofrida e vivenciada pelos pais/genitores e filhos nas situações de prática de alienação parental.

Provado que um dos genitores não consegue ter acesso conviver com o filho por comportamento incontrolado do titular da guarda, poderá, sim, exigir indenização pelo sofrimento e angústia que daí derivam. O filho, por sua vez, que descobre ter perdido o amor filial pelo comportamento imprudente de quem detinha a guarda, é, igualmente, titular do direito indenizatório, presente o nexo de causalidade dessa ilicitude com o dano causado razão do tempo perdido no qual poderia ter se relacionado com o genitor alienado, mas que lhe foi ceifado pelo genitor alienante.

6.2 Responsabilidade civil decorrente da alienação parental

O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe uma relação de direito e dever decorrente do poder familiar. Esse diploma prevê que é dever de quem detém o poder familiar, bem como de toda a sociedade, a proteção e manutenção dos direitos relativos às crianças e adolescentes.

O artigo 73⁴⁹⁴ do referido Estatuto prevê a responsabilização dos envolvidos quando não observada a proteção dos direitos relativos às crianças e adolescentes.

⁴⁹⁴ECA - Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

Quando a legislação trata da responsabilização, entende-se abarcar, em especial, a responsabilização civil, podendo sim haver a fixação de indenização por danos morais, em casos como de alienação parental e abandono afetivo, entre outros.

No que se refere ao abandono afetivo, Douglas Phillips Freitas entende que

Tanto os pais como os cônjuges (e por isonomia os companheiros) possuem deveres expostos na lei, logo, o descumprimento destes, sem dúvida, constitui ato ilícito. (...) Embora na paternidade (em seu sentido amplo, aplicando-se também à maternidade) e nas relações conjugais haja a determinação legal de cumprimento de determinados deveres, em relação aos filhos, estes não pactuaram pelo surgimento desta relação e os riscos inerentes de seu início; na relação conjugal há uma previsibilidade de prestação e contraprestação afetiva e obrigacional. (...) O menor, em fase de desenvolvimento físico e psicológico, encontra-se em situação de total dependência afetiva e material dos pais, que, por lei, devem cumprir essas obrigações, mas, quando não o fazem, torna-se possível a imposição de indenização, visto que a obrigação de afeto é essencial ao desenvolvimento da criança e do adolescente⁴⁹⁵.

Rodrigo da Cunha Pereira informa que a condenação por danos morais, decorrente do abandono afetivo, não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpre essencial função na vida da prole⁴⁹⁶.

O tema é bastante delicado e demandaria robusto aprofundamento. Entre as indagações existentes estão: haveria “culpa” do genitor que não dispensou amor e atenção adequadas ao desenvolvimento dos filhos, haveria justificativas plausíveis para tal comportamento, tais como forma de criação e desenvolvimento psicológico daquele genitor, não esgarçaria ainda mais tal relação a busca pela reparação dos danos morais em uma situação familiar tão complicada?

Nesse sentido, é importante frisar que o “abandono afetivo” e suas consequências fáticas e jurídicas é tema absolutamente tormentoso na doutrina e jurisprudência. O mesmo não se pode dizer quanto à discussão do abuso moral e afetivo oriundo da alienação parental, vez que há consenso quanto ao reconhecimento de que a prática de alienação parental é, sim, fato gerador do dever de indenizar.

O direito à convivência familiar, essencial ao pleno desenvolvimento da criança, é de suprema importância para a Constituição Federal (art. 227) e para o ECA (art.4º), como

⁴⁹⁵FREITAS, Douglas Phillips. 2012 Responsabilidade civil decorrente de alienação parental. In: **Alienação PARENTAL: Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª edição, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 102.

⁴⁹⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 13 out. 2012.

ressalta Elias⁴⁹⁷. A alienação parental priva o infante desse direito, configurando abuso moral nos termos do artigo 3º da Lei de Alienação Parental⁴⁹⁸. Essa é uma das razões que subsumem a conduta alienante ao conceito de ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil⁴⁹⁹, portanto, passível de indenização por danos morais, tal qual preconiza o artigo 927 do mesmo diploma legal⁵⁰⁰.

È importante salientar que o artigo 6º da mesma lei complementa o referido artigo 3º ao dispor que todas as medidas descritas no diploma legal não excluem a responsabilidade civil. Vejamos:

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;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizadas 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 (grifos nossos).

Para Lagrasta, não somente o infante ou adolescente possui legitimidade para pleitear a reparação civil, mas qualquer pessoa que tenha sido vitimada pela alienação, como

⁴⁹⁷ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.21.

⁴⁹⁸Lei 12.318 de 2010 - 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 o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

⁴⁹⁹CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵⁰⁰CC - Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

o alienado, “ante o nexo causal entre a atitude torturante do alienador e o evidente abalo psíquico”⁵⁰¹.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, nesse sentido, afirma que

[...] essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência materna ou paterna concretas, o que acarretará a violação de direitos próprios da personalidade humana⁵⁰².

Douglas Phillips Freitas entende que

Com o advento da Lei de Alienação Parental, a fixação de danos morais decorrentes de “Abuso Moral” ou “Abuso Afetivo”, advindos da prática alienatória, se tornará, certamente, consenso na doutrina e nos tribunais, permitindo tanto ao menor quanto ao genitor alienado, o direito a tal pleito, pois não se trata de indenizar o desamor, mas de buscar a compensação pela prática ilícita (senão abusiva) de atos de alienação parental⁵⁰³.

Nesse esteio, Oliveira⁵⁰⁴ se apoia nas conclusões de Pereira para argumentar que quaisquer obstáculos ao pleno exercício do direito de visitas já enseja o pleito de indenização por danos morais. Contudo, vale destacar que certas condutas do não guardião visitante também podem ser consideradas ilícitas, caso firam o direito de visitas que também atende ao infante, ou jovem, como exemplifica Pereira:

[...] deixar o menor em mãos de terceiros durante o tempo das visitas ao invés de tê-lo em sua companhia; o habitual e reiterado atraso na devolução do menor; o injustificado e reiterado atraso em buscar o menor para o ato de visitação; a não-devolução do filho ao seu guardião [...]⁵⁰⁵.

Seguindo o raciocínio apresentado, não se pode alcançar outra conclusão, senão a de que a síndrome da alienação parental, muito mais grave do que a alienação parental por si só, certamente configura ato ilícito passível de indenização por conta do extremo abuso moral perpetrado contra a criança e o alienado.

⁵⁰¹LAGRASTA NETO, Caetano. Lavagem cerebral - O que é a Síndrome da Alienação Parental. Revista Consultor Jurídico de 17.09.2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

⁵⁰²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras complementares de Direito Civil: Direito das Famílias**. Salvador: Juspodium, 2009, p. 212.

⁵⁰³FREITAS, Douglas Phillips. Responsabilidade civil decorrente de alienação parental. In: **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª edição, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 102.

⁵⁰⁴OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente**. 2012. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.137.

⁵⁰⁵PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.208-209.

Por outro lado, a criação de obstáculos à convivência da criança ou jovem com o não guardião, implica abuso do direito de guarda, legitimamente exercido pelo guardião. Na opinião de Pereira, entretanto, a guarda é decorrente do poder familiar, o qual não constitui um direito dos pais, mas um rol de deveres, gerado pelos direitos resguardados aos filhos, seja constitucionalmente, ou na legislação infraconstitucional, que deve ser exercido sempre visando ao melhor interesse da criança⁵⁰⁶. No mesmo sentido, Oliveira afirma que o exercício da autoridade parental, orientado pelo princípio da proteção integral, precisa observar o dever de cuidado na criação dos filhos, *in verbis*:

Os pais, portanto, devem exercer a autoridade parental com cuidado. Cuidado para não prejudicar os próprios filhos durante o seu desenvolvimento, em que a atuação dos pais serve de norte, de guia à formação da personalidade dos filhos. (...) E a violação desse dever de cuidado pode perfeitamente ensejar sanções por parte do Estado-juíz⁵⁰⁷.

Verifica-se, assim, que a prática da alienação parental implica abuso de direito, uma vez que o alienador prejudica o desenvolvimento da criança ou adolescente, ferindo seu direito à convivência familiar com o alienado, mediante o uso arbitrário do poder familiar que exerce sobre ela.

Partindo desse pressuposto, a Lei de Alienação Parental prevê medidas punitivas e inibitórias da conduta alienante, como advertências, imposição de multas, suspensão da autoridade parental, inversão de guarda, etc., as quais Lagrasta percebe como uma oportunidade para a criança ou adolescente se desvencilhar da dominação do alienador, propiciando sua reaproximação e restabelecimento do vínculo com o alienado⁵⁰⁸.

Importante é ressaltar que a busca de reparação em razão do Abuso Afetivo, tal qual ocorre na questão do Abandono Afetivo, não tem como objetivo monetarizar o afeto, tampouco fomentar a vingança de filhos contra pais ou entre ex-cônjuges ou companheiros, mas com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, visa por meio de indenizações compensar as práticas ilícitas, advindas da alienação parental, punir e dissuadir o alienante da reiteração de atos alienadores.

Derradeiramente neste tema, é importante considerar que aos operadores do direito cabe avaliar quão interessante ou adequado ao caso concreto mostra-se a propositura de ação de indenização por danos morais em razão da prática de atos de “abuso afetivo”, vez que, a

⁵⁰⁶OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente**. 2012. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p.140.

⁵⁰⁷Ibidem, p.97.

⁵⁰⁸LAGRASTA NETO, Caetano. Lavagem cerebral - O que é a Síndrome da Alienação Parental. In: **Revista Consultor Jurídico** de 17.09.2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

nosso, ver tal prática deve ser, sim, a última medida, pois provocará o acirramento das dificuldades havidas entre pais e filhos e tornará ainda mais conturbada a situação vivenciada pelas partes. Faz-se tal colocação, uma vez que a lei traz formas alternativas de combate à alienação parental, como por exemplo, tratamento compulsório dos pais, modificação de guarda e imposição de multa, entre outros.

É importante trazer o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilização civil em casos de alienação parental. Ressaltamos que há muito poucas decisões a esse respeito. Vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR ATO ILÍCITO. 1. DIREITO PROCESSUAL CÍVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. NÃO VERIFICAÇÃO DE JULGAMENTO CITRA-PETITA. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DO CCB. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE OFENSAS VERBAIS E ALIENAÇÃO PARENTAL. AUSÊNCIA DE PROVAS (ART. 333, I, DO CPC). PRECEDENTES.

1. Não concretiza hipótese de nulidade sentença que, apreciando o pedido de reparação no contexto da alegação sobre a ocorrência de variadas ofensas, dá maior enfoque a uma que a outra. Pretensão analisada e solvida na sua integralidade. 2. A verificação de efetivo dano decorrente de relações familiares não se presume decorrente do distanciamento afetivo por si só, o que se trata de circunstância a que todos estão sujeitos em razão da convivência em família. A prova da veracidade dos fatos alegados, além do nexo de causalidade entre o dano e a conduta atribuída ao suposto ofensor é ônus que incumbe à parte autora (art. 333, I, do CPC), e, na sua ausência, não há cogitar reparação. APELO DESPROVIDO⁵⁰⁹.

A ação principal versa sobre o pedido de indenização por danos morais proposto pela genitora contra o genitor guardião dos filhos em comum, em razão da prática de alienação parental e ofensas verbais.

Em suma, o foco da decisão foi a ausência de provas da conduta alienadora do genitor dos filhos do casal, bem como a ausência dos pressupostos da responsabilidade civil, consoante destacou a relatora:

Assim sendo, para que resulte comprovada a necessidade de imposição de reparação por ato ilícito, ainda que causador de danos de ordem exclusivamente extrapatrimonial, impõe-se a comprovação, primeiramente, dos fatos alegados, e, ademais, além do alegado dano sofrido, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o alegado prejuízo⁵¹⁰.

Narra a relatora que não houve prova da suposta conduta do genitor que teria praticado ofensas diretas à genitora, denegando sua imagem aos filhos, além de impedir sua

⁵⁰⁹TJRS, Apelação Cível nº 70049655202, Comarca de Porto Alegre, 7ª Câmara Cível. Desembargadora Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 26/09/2012.

⁵¹⁰Ibidem.

convivência com as crianças que estão sob a guarda paterna. Destacou, assim, a insuficiência das provas colacionadas, quais sejam, dois boletins de ocorrência e a declaração de uma testemunha, que foi considerada parcial, por já haver se desentendido com o genitor anteriormente. Foi colhido, ainda, o depoimento dos filhos, os quais defenderam o pai, afirmando que não convivem com a mãe por falta de interesse e vontade própria.

A despeito de qualquer consideração sobre as singularidades da alienação parental, a relatora aduziu que o distanciamento entre um genitor e seu filho não implica dano moral, por si só, pois se trata apenas de um fato da vida. E concluiu demonstrando posição contrária ao ressarcimento monetário de danos morais advindos de condutas ilícitas praticadas nas relações familiares.

Nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, um vínculo amoroso saudável entre pai e filho.

Afinal, é preciso ter em mira que ninguém pode ser compelido a dar o que não tem. Quem não ama não pode dar amor que não sente, e quem não sente afeto não pode ser compelido a demonstrá-lo⁵¹¹.

Destarte, cumpre frisar a ausência de análise sobre o cerne da lide, que é a prática de alienação parental, da qual se torna imprescindível cotejar sobre cada elemento de prova necessário à convicção do julgador. Deve ser lembrado, que em um processo no qual um genitor acusa outro de alienação parental, o magistrado deve visualizar que o escopo último será resguardar o melhor interesse das crianças ou adolescentes envolvidos e não o interesse do genitor-parte. Logo, não podemos considerar como razoável uma decisão que ignora o interesse das crianças e atribui à autora o ônus de produzir toda e qualquer prova da alienação, não cuidando para descobrir se aquelas crianças estão sofrendo tão deletério mal pelas mãos do genitor. O depoimento dos infantes, desacompanhado do essencial estudo psicossocial não pode ser apto a demonstrar a inoccorrência da alienação parental. Ora, se alienadas, as crianças tendem a colaborar com o alienador e não a contar a verdade dos fatos em juízo, sendo assim, nada resta comprovado da simples afirmação de que não desejam conviver com a genitora.

Ademais, bastaria a constatação da conduta alienadora para perfazer o dever de indenizar, pois a criança não precisa cooperar com o alienador para que seus atos sejam considerados ilícitos, consoante é possível aduzir da leitura dos artigos 2º e 3º da Lei de Alienação Parental. Portanto, não depende da comprovação do nexo de causalidade entre a

⁵¹¹TJRS, Apelação Cível nº 70049655202, Comarca de Porto Alegre, 7ª Câmara Cível. Desembargadora Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 26/09/2012.

conduta do alienador e o dano sofrido pela alienada. Ainda que as crianças não se influenciassem pelo pai e tivessem adotado por si mesmas o distanciamento com relação à figura materna, a prática da alienação parental, mesmo ineficiente, continuaria a ensejar a reparação civil tanto às crianças quanto ao alienado.

Em casos críticos como esse, em que há direitos indisponíveis de crianças envolvidos, urge a necessidade de o Judiciário atuar acima do mero formalismo, mitigando os elementos da culpa e do nexo causal na responsabilidade civil, para privilegiar uma atuação focada na proteção dos bens jurídicos que devem ser tutelados.

6.3 Abuso de Direito

Dos ditames da responsabilidade civil, é sabido que a todos cabe observar o dever de exercer seus direitos nos limites legais para não prejudicar o direito de outrem. Por conseguinte, o abuso de direito se configura quando, ao perseguir um interesse inicialmente lícito, o sujeito provoca uma colisão de interesses com a esfera de direitos de outra pessoa, produzindo um resultado antijurídico. Nesse sentido, leciona José de Aguiar Dias “É norma fundamental de toda sociedade civilizada o dever de não prejudicar a outrem. Essa “regra de moral elementar”, de conteúdo mais amplo do que o do princípio da liberdade individual é, forçosamente, limitativa das faculdades que o exercício desta comporta”⁵¹².

Hodiernamente, diante da flexibilização dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil, por meio da mitigação da culpa e do nexo causal, ocorre uma crescente ampliação do rol de danos indenizáveis, consoante destaca Schreiber: “Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano”⁵¹³.

Esse movimento reflete uma necessidade inerente à própria função da responsabilidade civil, da qual se prestigia expansão contínua, emparelhada ao desenvolvimento humano, a fim de sempre alcançar a tutela da pessoa humana, ocasionando

⁵¹²DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.459.

⁵¹³SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.83.

considerável alargamento do rol de sujeitos lesados e lesantes, tanto quanto das possibilidades de dano indenizável na pós-modernidade, como atesta Silmara Chinellato⁵¹⁴.

Na seara do direito de família não poderia ser diferente, com a devida ressalva supracitada sobre as mudanças de paradigma que atualmente ocorrem no âmbito da responsabilidade civil, verificada a culpa, o nexso causal e a ocorrência de dano indenizável, surge o dever de reparação. Assim, quando o titular do poder familiar se excede, ou desvirtua, no exercício de algum de seus direitos sobre a criança causando-lhe dano, pratica ato ilícito, e nasce o dever de indenizar a vítima.

Vale destacar que, para Schreiber, o avanço da responsabilidade civil sobre as relações familiares suscita controvérsias ao tentar suprir os danos extrapatrimoniais pela indenização pecuniária, ainda que haja alternativas a esse tipo de compensação⁵¹⁵.

6.4 Criminalização da conduta

A criminalização da conduta alienante provoca discussões doutrinárias, quanto à sua recepção no ordenamento pátrio. Priscila Fonseca⁵¹⁶ afirma que, apesar de o ato de um dos genitores impedir a visitação do outro aos filhos não configurar crime, ainda assim é possível enquadrar no tipo penal de descumprimento de ordem judicial, previsto no artigo 330 do Código Penal pátrio⁵¹⁷. Lagrasta ainda vislumbra a possibilidade de prisão do alienante pela prática do crime de tortura⁵¹⁸.

Diante da insuficiência da punição por meio do tipo penal da desobediência, Oliveira propõe um projeto de lei para tornar crime práticas de obstrução à convivência familiar entre as crianças e adolescentes e o genitor não guardião. Para tanto, o autor justifica a importância

⁵¹⁴CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Da responsabilidade civil no Código de 2002: aspectos fundamentais**. Revista de Direito Campos Salles, v. 1, p. 7-35, 2007.

⁵¹⁵SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.98-99.

⁵¹⁶FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. In: **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p. 162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013.

⁵¹⁷CP - Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

⁵¹⁸LAGRASTA NETO, Caetano. Lavagem cerebral - O que é a Síndrome da Alienação Parental. Revista Consultor Jurídico de 17.09.2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

das visitas, como direito fundamental da criança à convivência familiar com ambos os genitores, com o argumento de que:

[...] o direito de visitas é o contraponto natural do direito de guarda, pois se presta justamente a garantir aos filhos menores, bem como ao genitor não guardião, o equivalente direito à convivência familiar, do qual o genitor guardião já desfruta justamente por deter a guarda de tais filhos⁵¹⁹.

O mesmo autor destaca que já é considerado crime o ato de subtrair fisicamente a criança ou adolescente de seu guardião (art. 249 do Código Penal⁵²⁰), mesmo que o agente seja seu genitor não guardião. Consequentemente, por isonomia, também deveria ser penalmente reprovável a conduta do guardião que se aproveita de seu poder de influência sobre o infante ou jovem e o manipula para que passe a rejeitar o convívio com o genitor não guardião. Não se trata, portanto, de mero impedimento físico, mas da reprovabilidade das condutas de alienação parental que levam à separação emocional transitória, ou definitiva, entre o filho e o genitor alienado. Concluindo seu raciocínio sobre o tipo penal já existente e aquele proposto, o autor distingue os bens jurídicos tutelados, asseverando que:

A conduta, portanto, que o art. 249 do CP visa coibir é a separação física do menor daquela pessoa que possui o direito de tê-lo sob sua guarda e em sua companhia. E que conduta parece mais grave? Aquela que separa fisicamente o menor do seu genitor ou a que separa emocionalmente o menor do seu genitor e que possui a potencialidade de aniquilar definitivamente os vínculos afetivos entre os dois?⁵²¹

Leila Maria Torraca de Brito entende que

A punição penal reduz a análise da questão a um compromisso individual de cada pai, excluindo a responsabilidade das instituições que, por longo tempo, priorizaram o contato mãe-filho, destinando o pai a um lugar secundário. (...) tal criminalização, desacompanhada de reformas mais amplas (...) só contribuiria para mais uma penalização desses pais, já que esta falta não pode ser tratada apenas como um opção pessoal⁵²².

Ainda que já tenha sido mencionado neste trabalho, vale ressaltar que o artigo constante do Projeto de Lei de n.º 4053/2008, que tratava da responsabilização penal quando

⁵¹⁹OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente**. 2012. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.165.

⁵²⁰CP - Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

⁵²¹OLIVEIRA, op. cit., p.166.

⁵²²BRITO, Leila Maria Torraca de. Descumprimento da visitação e a questão penal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, IBDFAM/Síntese, n.º 8, p. 18-29, jan./mar. 2001, p. 27.

da prática de alienação parental, foi vetado pelo Presidente da República ao sancionar a Lei de n.º 12/318/2010.

O projeto de lei estabelecia dois tipos penais relacionados ao “crime de falso relato capaz de acarretar a interrupção do convívio da criança com o genitor”, que foram incorporados ao anteprojeto mediante o substitutivo apresentado pelo Deputado Acélio Casagrande na Comissão de Família.

Esses tipos não tratam da alienação parental, pois não se pode criminalizá-la diretamente, vez que sua caracterização requer o exame de elementos subjetivos, mas versam sobre duas específicas práticas a ela relacionadas, quais sejam: 1) apresentar falsa denúncia com o intuito de afastamento da criança de um dos genitores e 2) obstar, ilicitamente, o contato da criança com um dos genitores. As penas estabelecidas seguiram a lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Sua finalidade, embora se alegue que a norma tem caráter punitivo, possuía significativo traço preventivo e educativo, uma vez que as penas previstas nos dois preceitos permitiam que as condutas recaíssem nas hipóteses da Lei n.º 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, fazendo com que o juiz dispusesse de um instrumento adicional para suspender o processo, realizar a transação penal e obter do genitor o compromisso de não mais praticar atos de alienação parental e mesmo de colaborar para reverter o processo, por exemplo, levando a criança à terapia ou praticando qualquer outra conduta para atingir tal finalidade.

O texto aprovado pelas duas Casas legislativas alterava o Estatuto da Criança e do Adolescente para criminalizar a apresentação de relato falso capaz de acarretar restrição à convivência da criança ou adolescente com o genitor. O veto seguiu com os seguintes motivos:

O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto.

Em contraposição à ausência de previsão legislativa expressa no ordenamento jurídico-penal brasileiro, legislações de outros países já incorporaram a repressão à conduta alienante de impedimento do convívio familiar por meio da visitação, como consta, por exemplo, na legislação argentina, apontada como pioneira na criminalização de atos que impeçam, ou atrapalhem a convivência entre os filhos e o genitor não guardião, pela Lei

24.270/93, complementar ao Código Penal, e cuja pena consiste em prisão de 1 (um) mês a 1 (um) ano⁵²³. Vale destacar que, em 2007, foi proposto novo projeto de lei (1186-D-2007)⁵²⁴ para alterar o artigo 1º e incluir como vítima toda e qualquer pessoa que tenha seu direito de visitas resguardado pelo ordenamento, além de condicionar a constatação de obstrução aos casos em que houver decisão judicial regulando a visitação. Propõe ainda pena de prisão de 2 (dois) meses a 3 (três) anos para o genitor não guardião que deixar de devolver a criança ou adolescente ao guardião.

Também o capítulo 20, seção 216, do Código Penal da Noruega trata dos crimes referentes às relações familiares e pune a conduta de privar a criança da convivência com seus responsáveis legais, mediante pena de até 3 (três) anos de prisão⁵²⁵. Por sua vez, o Código Penal da Califórnia/EUA, prevê em seu artigo 278.5, no capítulo sobre rapto de crianças, uma pena de prisão de até um ano e/ou multa de até mil dólares para qualquer pessoa que impedir o exercício do direito à guarda, ou à visitação⁵²⁶. Na Alemanha, o

⁵²³Código Penal argentino - *ARTICULO 1º - Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión. ARTICULO 2º - En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.* Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/668/norma.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

⁵²⁴Projeto de lei 1186-D-2007 - *Artículo 1º - Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con el padre no conviviente, y con todo aquel a quien el ordenamiento civil le reconozca derecho a visitas, cuando éstas se encuentren reguladas por el juez competente. Será pasible de la pena de dos meses a tres años de prisión el padre no conviviente que no restituyere al menor de edad, a su debido tiempo, a su residencia habitual.* Disponível em: <<http://www.hcdn.gov.ar/frames.jsp?mActivo=legislacion&p=http://www.hcdn.gov.ar/legis>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

⁵²⁵Código Penal norueguês - §216. *Any person who causes or is accessory to causing a minor to be unlawfully deprived of or kept deprived of his parents' or other authorized persons' care shall be liable to imprisonment for a term not exceeding three years. If there are extenuating circumstances, fines may be imposed. A public prosecution will only be instituted when requested by na an aggrieved person.* Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

⁵²⁶Código Penal californiano -278.5. *(a) Every person who takes, entices away, keeps, withholds, or conceals a child and maliciously deprives a lawful custodian of a right to custody, or a person of a right to visitation, shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000), or both that fine and imprisonment, or by imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170 for 16 months, or two or three years, a fine not exceeding ten thousand dollars (\$10,000), or both that fine and imprisonment.*

(b) Nothing contained in this section limits the court's contempt power.

(c) A custody order obtained after the taking, enticing away, keeping, withholding, or concealing of a child does not constitute a defense to a crime charged under this section.

capítulo que trata das ofensas à liberdade pessoal (cap. 18, seção 235), prevê dentro do tipo penal do rapto infantil, a conduta de retirar a criança ou adolescente da custódia de um ou de ambos os pais, ou de seu guardião, ou ainda impedir sua visita, apenada com prisão de 1 (um) a 10 anos de reclusão⁵²⁷.

Já a legislação espanhola criminaliza a subtração de crianças e adolescentes de seu guardião no artigo 225 do Código Penal, e equipara a essa conduta o ato de reter o infante ou jovem, descumprindo decisão judicial ou administrativa, aplicando-se a mesma pena de prisão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e suspensão do poder familiar de 4 (quatro) a 10 anos, aos ascendentes e aos parentes do genitor até o segundo grau de consanguinidade, ou afinidade, que incorram nas mesmas condutas⁵²⁸.

(Amended by Stats. 2011, Ch. 15, Sec. 314. Effective April 4, 2011. Operative October 1, 2011, by Sec. 636 of Ch. 15, as amended by Stats. 2011, Ch. 39, Sec. 68.)

Disponível

em:

<http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=9.&part=1.&chapter=4.&article=>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

⁵²⁷Código Penal alemão - CHAPTER EIGHTEEN

OFFENCES AGAINST PERSONAL FREEDOM

Section 235

Abduction of minors from the care of their parents etc

(1) *Whosoever removes from the custody of one or both of his parents or his guardian or denies them access to*

1. a person under eighteen years of age by force, threat of serious harm or deception; or

2. a child, without being a relative, shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(2) *Whosoever*

1. removes a child from the custody of one or both of his parents or his guardian in order to take him abroad; or

2. denies access to him abroad after having removed him there or the child having gone there, shall incur the same penalty.

(3) *In cases under subsection (1) No 2 and subsection (2) No 1 above the attempt shall be punishable.*

(4) *The penalty shall be imprisonment from one to ten years if the offender*

1. by the offence places the victim in danger of death or serious injury or of a substantial impairment of his physical or mental development; or

2. commits the offence for material gain or with the intent of enriching himself or a third person.

(5) *If by the offence the offender causes the death of the victim the penalty shall be imprisonment of not less than three years.*

(6) *In less serious cases under subsection (4) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsection (5) above imprisonment from one to ten years.*

(7) *The abduction may only be prosecuted upon request in cases under subsections (1) to (3) above unless the prosecuting authority considers proprio motu that prosecution is required because of special public interest.*

Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

⁵²⁸Código Penal espanhol -Artículo 225 bis.

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

Na França, o ato de obstaculizar a visitação, recusando-se a entregar o filho a quem tem direito de visitas regulado por decisão judicial, é apenado com 1 (um) ano de prisão e multa de 15 mil euros, conforme previsão do artigo 227-5 da Seção III, que estipula os crimes contra o exercício da autoridade parental⁵²⁹. Também o artigo 227-6 penaliza com prisão de 6 (seis) meses e multa de 7 mil e 500 euros, o guardião que muda de endereço sem comunicar em até 1 (um) mês qualquer pessoa que possua o direito de visitas por decisão judicial.

Mas, diferentemente dos outros países citados, há dois projetos de lei franceses que propõem a alteração do artigo 373-2 do Código Civil, sob o respaldo da necessidade de evitar a ocorrência da síndrome de alienação parental, garantindo a convivência familiar pela preservação da autoridade parental compartilhada e a fixação de residência alternada, quais sejam, 1710/2009 e 3834/2011.

Voltando à seara criminal, o artigo 2º do Projeto de Lei n.º 3834/2011 pretende a alteração do artigo 227-2 do Código Penal para que passe a constar no tipo penal a conduta de qualquer um dos genitores que dificultar reiteradamente, ou por manipulações diversas, o exercício da autoridade parental do outro genitor, visando à ruptura do vínculo familiar entre ele e seus filhos, com pena de prisão de até 1 (um) ano e multa de 15 mil euros⁵³⁰.

Da mesma forma, porém, tratando expressamente da alienação parental, a legislação belga pode ser alterada pelo Projeto de Lei 5-520/1 de 2010, que modifica o Código Penal em seu artigo 432 bis para tipificar a conduta do alienador, que cria impedimentos ao convívio familiar, apenando-a com multa de 26 mil euros e prisão de 8 (oito) dias a um ano, cumulativamente ou não⁵³¹.

2.º *La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. (...)*

5. *Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.*

Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

⁵²⁹Código Penal francês - *ARTICLE 227-5 (Ordonance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002)* The unlawful refusal to produce a minor child to the person who has the right to require the production of the child is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

⁵³⁰ Projeto de Lei n.º 3834/2011 - *L'article L. 227-2 du code pénal est complété par un alinéa ainsi rédigé: Le fait, par tout ascendant, d'entraver l'exercice de l'autorité parentale par des agissements répétés ou des manipulations diverses ayant pour objet la dégradation voire la rupture du lien familial, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*

Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3834.asp>>. Acesso em: 14 dez. 2012.

⁵³¹Código Penal belga - *Art. 6 - Dans le chapitre III de la partie VIII du Code pénal, une section Vbis, comprenant un article 432bis, est insérée, rédigée comme suit: Section Vbis. De l'aliénation parentale.*

6.5 Comentários a respeito do documentário *A morte inventada*

Visando a transpor a barreira do desconhecimento da Alienação Parental, a Caraminhola Produções Artísticas de Alan Minas e Daniela Vitorino lançou o documentário que tenta elucidar o assunto, intitulado “A Morte Inventada”.

Trata-se de um longa-metragem elaborado no formato de documentário, com o qual a produtora pretendeu levar às pautas da sociedade a discussão sobre a Alienação Parental entre psicólogos, juízes, promotores, advogados, assistentes sociais, pedagogos e pediatras, no intuito de chamar a atenção para essa prática que se torna cada vez mais frequente em famílias que, por quaisquer motivos, optam pela separação.

O lançamento do filme “A Morte Inventada” aconteceu no dia 01 de abril de 2009, no cinema da Caixa Cultural, no Centro do Rio de Janeiro, apenas para convidados. O dia da mentira foi escolhido pela produtora estrategicamente. “Isso dá uma conotação maior ao associar os casos de alienação parental com as mentiras criadas para deturpar a mente da vítima”, explica Daniela Vitorino.

O título faz referência a um crime intencional e a ideia é reiteradamente mencionada ao longo do vídeo, quando os depoentes alinham o conceito de alienação parental a “matar a imagem do outro dentro de alguém”. A denominação dada pelo diretor tem sido considerada muito adequada – tamanha a gravidade do fenômeno.

Esse pioneiro documentário sobre alienação parental, ilustra por meio de depoimentos de casos reais, o profundo drama psicológico vivido por cada vítima da alienação, a criança, ou adolescente e o alienado, seja ele genitor, ou outra pessoa que detém o direito de visitas, como o avô. A evidência das deletérias e eternas consequências para as vidas desconstruídas reclama por punição severa, não só no âmbito civil, mas também no criminal, além de atitudes positivas do Estado para disseminar o conhecimento sobre o

Art. 432bis. — Sans préjudice de l'application des articles 1385bis et suivants du Code judiciaire relatifs à l'astreinte, tout parent qui entrave sciemment l'exercice de l'autorité parentale par des agissements répétés ou des manipulations diverses ayant pour objet la dégradation voire la rupture du lien affectif familial envers l'autre parent sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement.

Disponível

em:

<<http://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPub&COLL=S&LEG=5&NR=520&PUID=83886624&LANG=fr>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

assunto, evitar sua ocorrência e facilitar sua detecção a tempo de salvar elos afetivos, que não se reconstruam nem mesmo com a passagem do tempo.

O tema do documentário não poderia ser mais pertinente, já que questões envolvendo relações conjugais e parentais têm sido recorrentes nos noticiários nacionais. Percebe-se que os conflitos familiares estão, cada vez mais, extrapolando o limite do privado e alcançando determinações judiciais. E isso porque, na grande maioria das vezes, a sociedade recorre ao Judiciário em função da inabilidade para resolver os próprios conflitos ou da impossibilidade de chegar a arranjos consensuais.

Foi a partir da vivência dessa situação que o diretor Alan Minas sentiu-se impulsionado a criar o documentário. Esse é seu primeiro longa-metragem, tendo já em seu currículo o roteiro e a direção de cinco curtas-metragens, dois dos quais premiados em festivais nacionais.

Segundo Minas, o objetivo da produção é disseminar, da forma mais ampla possível, o assunto entre pais e profissionais, sejam eles operadores do Direito, equipes psicossociais ou médicos.

O documentário revela o drama de pais e filhos cujos elos foram rompidos por uma separação conjugal mal conduzida, tornando-se vítimas da Alienação Parental. Os pais testemunham seus sentimentos diante da distância, de anos de afastamento dos filhos e estes, que na infância sofreram com esse tipo de abuso, por sua vez revelam, de forma contundente, como a alienação parental interferiu em sua formação, relacionamentos sociais e, sobretudo, na relação com o genitor alienado.

No documentário, a articulação entre a teoria sobre a síndrome, explicada pelos profissionais, e a prática vivenciada pelas famílias depoentes é feita de forma coerente e bem estruturada. Para auxiliar essa conexão, o diretor faz uso do seguinte recurso ficcional: durante a narração do texto, redigido e realizada por ele próprio, são apresentadas imagens de ambientes vazios, embora em funcionamento, como parque infantil, praia, jardim e labirinto de concreto, o que imprime um tom melancólico e solitário à produção, sentimento muito próximo daquele vivenciado pelos pais vítimas de alienação parental.

O roteiro traz sete casos em que pais e filhos que se identificaram com as características da síndrome relatam detalhes de suas respectivas histórias e dramas. Chama atenção a presença da única mulher depoente por ter sofrido alienação parental. O intenso contato com a doutrina e jurisprudência a respeito do tema faz concluir que são significativamente mais comuns os casos de mulheres que praticam a síndrome de alienação

parental contra seus ex-cônjuges/companheiros, considerando o percentual de mais de 90% das guardas serem atribuídas às genitoras.

Ainda que, em sua maioria, os alienadores sejam os guardiões e, notadamente, as mães, a produção do documentário revelou um caso de “alienação inversa”, conforme nominamos neste trabalho, no qual o pai não guardião praticava intensamente a alienação parental sempre que trazia o filho consigo nos dias de visitas. A genitora alienada relata que o filho voltava das visitas transtornado, rebelde, evitando se relacionar de modo saudável com a figura materna, a ponto de ela comentar que somente conseguiu dar e ganhar um beijo no rosto do filho, quando ele completou 18 anos. Casos desse tipo revelam que a alienação parental inversa não constitui-se trata de mera conjectura teórica, mas realidade factível, que pode vir a ocorrer, devendo receber a mesma atenção tanto no Legislativo quanto no Judiciário, para que esse alienador não fique impune por falta de previsão legal, ou por desconhecimento dos operadores do direito e da equipe técnica que os apoiam.

As vítimas, que antes eram crianças e adolescentes, ao deporem já adultas, revelam como todo aquele tempo perdido não pode ser recuperado, o vazio do distanciamento, suprido, a confusão de sentimentos rearranjada, esclarecida a ausência de uma figura essencial no desenvolvimento do infante, ou jovem, não pode mais ser preenchida, mesmo que o contato seja restabelecido, o impacto da alienação parental tende a ser eternamente sentido e sofrido pelos atores envolvidos. As consequências psicológicas afetam todos os aspectos da vida desses indivíduos, de tal forma, que é impossível fechar os olhos para a gravidade do problema social gerado pela alienação parental.

Entre os casos apresentados, alguns se destacam, seja pela forte emoção transmitida pelos depoentes, seja pelos inimagináveis recursos utilizados pelos alienadores.

Destaca-se o relato de um pai, que precisou recorrer a uma ação policiaisca hollywoodiana para buscar as crianças, mesmo de posse do documento oficial que lhe concedia a guarda, seja ainda pelo grau de desgaste das relações familiares.

Um outro relato se refere à atitude da genitora em relação às filhas, marcada por sentimento de posse e necessidade de controle, aspecto considerado típico de um genitor alienador.

Contudo, sem dúvida, o relato mais comovente é feito por uma jovem que passou 11 anos sem conviver com o pai, com quem retomou o contato recentemente. Ela se lembra da obrigação que sentia de se aliar à genitora para agredir o pai, e ao fim do filme fica claro o impacto psicológico sofrido.

O filme apresenta dois casos de falsas denúncias de abuso sexual, talvez o sintoma mais crítico da alienação parental e cada vez mais comum entre as famílias desfeitas. Nesses casos, a justiça tem como procedimento afastar o possível abusador, imediatamente, até a conclusão do inquérito. Como, em geral, a investigação é demorada, perde-se o vínculo entre o sujeito acusado e o filho. Percebe-se que, quanto a essa questão, ainda há muito a avançar, a fim de preservar a integridade da criança, mas é preciso também considerar a hipótese da falsidade da denúncia.

Em um desses casos, tanto o genitor quanto o avô paterno foram acusados de supostamente abusar da criança, tendo restado flagrante a imprescindibilidade da qualificação profissional dos técnicos que avaliam as condições sociais e psicológicas das partes no processo. Além de ser indiscutível a necessidade de avaliar a família como um todo e cada um dos indivíduos, jamais proferindo pareceres ou laudos unilaterais que afrontam o direito constitucional ao contraditório, também o treinamento e a competência desses profissionais para o diagnóstico da alienação parental e da síndrome da alienação parental são fundamentais na averiguação da ocorrência, a fim de que seja constatado se o caso versa sobre crime de abuso sexual, ou se se trata de denúncia caluniosa e implantação de falsas memórias.

Nesse sentido, o alerta dado inclusive por um magistrado, toca justamente na cautela que os juízes devem ter ao conceder liminares em casos de denúncia de abuso sexual baseada em provas frágeis. Pois as consequências de se apoiar em meras suspeitas e determinar o afastamento definitivo da criança e do acusado até que sobrevenha o término da lide podem ser devastadoras para o relacionamento entre ambos, e terminar por configurar verdadeiro apoio judicial às atitudes ilícitas do alienador, cujos efeitos são irreversíveis em muitos casos.

O lento trâmite processual, associado à prática da SAP, e a exclusão do alienado da vida da criança, principalmente quando esta tem tenra idade, tendem a impedir a reversibilidade da decisão liminar, dada a impossibilidade de retorno do *statu quo*, por se tornar inócua. Portanto, esse aspecto da reversibilidade das decisões, que deve fazer parte da análise do pedido de antecipação de tutela, indica claramente o perigo de uma liminar radical, que impede o convívio, em vez de impor medidas de cautela menos prejudiciais ao relacionamento das partes, tais como a visitação assistida.

Não se quer dizer que o juiz nada deve decidir até que possua maiores elementos de convicção, os quais podem demorar a se perfazer no processo, mas que deve, sim, evitar

decidir pelo distanciamento total entre o filho e o acusado de abuso, visto que eventual revogação dessa decisão seria completamente inapta a despertar sentimentos positivos na criança ou adolescente, que já não existam mais.

Deixando de lado os depoimentos das famílias, o documentário passa a analisar a participação dos profissionais da área de Psicologia, Direito e Serviço Social, com comprovada experiência em conflitos familiares, o que lhes permite pontuar aspectos peculiares. É esclarecido, por exemplo, que muitas vezes a alienação pode acontecer ainda na vigência da relação conjugal, e que as estratégias utilizadas pelo alienador podem ser bem sutis, como fazer a proposta de regulamentação de visitas não para valorizar o contato do filho com o outro genitor, mas para manter a situação sob seu controle.

Impende destacar ainda, que um dos relatos apresentados se refere à conduta do advogado que prejudica intencionalmente o andamento do processo, protelando-o e litigando de má-fé apenas para alcançar a satisfação de seu cliente em detrimento dos direitos da criança à convivência familiar.

Além de contribuir, em regra, para esclarecer a temática em questão, os profissionais reavaliam suas práticas, reconhecendo, por exemplo, que ainda não há preparo adequado por parte das equipes psicossociais e dos operadores do Direito para lidar com o fenômeno.

Algumas críticas tecidas pelos familiares reforçam essa assertiva. Foi mencionada a realização de pareceres psicossociais baseados na escuta de apenas um dos lados da família, em geral o alienador, quando já se sabe que a escuta parcial e ingênua é descabida e nefasta nesse contexto.

O filme é concluído com um dilema não resolvido: quais as medidas mais apropriadas para lidar com a síndrome de alienação parental? Alguns depoentes questionam a superficialidade com que são tratados os casos e, principalmente, a condescendência com que a justiça trata os alienadores. De fato, a discussão fundamentada a esse respeito ainda é incipiente no Brasil, com apenas algumas breves indicações. No entanto, no exterior, a busca por alternativas tem sido mais enfática, a exemplo dos estudos de Gardner (2002)⁵³², Lowenstein (2008)⁵³³ e Palmer (2002)⁵³⁴.

⁵³²GARDNER, Richard A. (2002). *Parental alienation syndrome vs. parental alienation: which diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?* In: **American Journal of Family Therapy**, 30 (2), 93-115.

⁵³³LOWENSTEIN, L. F. (2008). *What can be done to reduce the implacable hostility leading to parental alienation in parents?* **Justice of the Peace**, 172 (12), 185-187.

⁵³⁴PALMER, S. E. (2002). *Custody and access issues with children whose parents are separated or divorced.* **Canadian Journal of Community Mental Health**, (4 Suppl), 25-38.

Os autores citados são unânimes em aconselhar a não se assegurar na palavra da criança quando esta diz que não quer conviver com o genitor ausente. Sugere-se, por outro lado, que o genitor afastado deve perseverar no esforço de estabelecer e manter contato com o filho, mesmo sentindo a rejeição constante, humilhante e desmoralizante.

As alternativas arroladas são o encaminhamento do alienador para psicoterapia e/ou a punição na forma da lei (detenções e/ou multas).

Sobre a questão da guarda e visitação, os estudos indicam, em um primeiro momento, a mediação entre as partes a fim de torná-las conscientes dos direitos e deveres concernentes aos filhos. Nos casos em que não se percebe a evolução do alienador na colaboração para reversão do fenômeno, os autores sugerem que a criança seja retirada de sua influência, e que a guarda seja revertida em favor do alienado. Se a síndrome já estiver instalada e a vítima apresentar alto grau de resistência à convivência com o genitor alienado, é indicado que ela seja temporariamente encaminhada a um local neutro.

O documentário se encerra questionando as sequelas que o fenômeno causa na história de vida das pessoas, trazendo, assim, uma ampla abordagem sobre a alienação parental. Não há dúvida de que o filme não só ensina sobre a temática, mas leva à reflexão sobre as relações familiares modernas e o que se tem feito delas. E isso da forma mais cruel possível, porém realista, que é pela experiência vivida, da dor sofrida e das esperanças perdidas.

Algumas falas do documentário devem ser ressaltadas, tais como a de Karla Mendes, vítima de alienação parental por parte materna:

Então num certo momento comecei a fazer uma busca pela verdade, foi quando eu fui atrás de saber o que tinha acontecido mesmo, aquelas histórias todas que ela me contava, o quê que tinha de verdade naquilo? Aí eu descobri que não tinha nada, que era tudo mentira mesmo. Que tudo que tinha vivido na infância e na adolescência tinha sido uma mentira contada pela minha mãe.

7. CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a personalização do direito civil, em especial, do direito de família e, mais especificamente, da família. O direito civil deixou de lado a ótica individualista, patrimonialista, conservadora e tradicional, típica das antigas legislações.

Nesse sentido, o Direito Civil atual é constitucional por si mesmo, dá valor em primeiro lugar à pessoa humana como “ser” e deixa de lado seu perfil patrimonial. Resulta no espaço para a promoção da pessoa, que passa a ocupar o centro da atenção do ordenamento jurídico moderno.

O atual Código Civil, especialmente, no que se refere ao Direito de Família, devido à influência constitucional, passou a estatuir a igualdade de direitos e deveres entre cônjuges, entre filhos, passou a aceitar a formação de novos e inovadores arranjos familiares.

E mais. As mudanças da sociedade e os avanços trazidos pela evolução do homem muito contribuíram para o surgimento de novos arranjos familiares. A família passou a ser reduto da felicidade e do afeto, sendo ela advinda não apenas do casamento, da união estável ou da monoparentalidade, conforme constante do texto constitucional. Reconhece-se a existência de novos tipos de família, embasados em vínculos afetivos e independentes da consanguinidade. Esses novos tipos de família são resultado dos movimentos sociais, tais como queda da ideologia patriarcal, emancipação feminina, revolução feminista, luta pela igualdade de direitos, reconhecimento da homoafetividade e evolução do conhecimento científico.

Nesse sentido, é importante concluir pela incontroversa existência de diversos modelos de famílias, ainda que não contemplados expressamente na Constituição Federal ou em outra legislação. E mais. O ordenamento jurídico não deixa desamparados os demais arranjos familiares, vez que está necessariamente atento às transformações sociais.

Além dos modelos reconhecidos expressamente pela Carta Magna, a doutrina nomeia outros modelos de família, tais como a anaparental, paralela, unipessoal, mosaico ou pluriparental ou recomposta ou reconstruída, eudemonista e homoafetiva.

A conclusão é bastante evidente, o direito civil passou a observar à família, à pessoa, direitos, poderes e faculdades voltados à efetivação da dignidade da pessoa humana, valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme mencionado neste trabalho, a preservação da dignidade das pessoas opera-se, em especial, por meio da proteção dos direitos de personalidade, que nada mais são do que os valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a integridade física e higidez psíquica, entre outros.

Conforme relatado, a evolução da família, o progresso, os avanços sociais, a mudança do papel da mulher na relação conjugal e parental são fatores que levaram à transformação do retrógrado pátrio poder no poder familiar. A figura do homem e do pai como senhor do lar, dono da autoridade parental, cedeu espaço à mulher e mãe, sendo que ambos passaram a desempenhar os papéis de pai e mãe em patamar de igualdade. Os filhos, por sua vez, passaram a ser vistos como sujeitos de direito, de modo que os pais têm como norte o exercício conjunto e igualitário da autoridade parental, da guarda dos filhos.

No que se refere aos filhos e à guarda, é importante ressaltar o princípio do superior ou melhor interesse da criança e do adolescente, também trazido expressamente pelo texto constitucional. Desde o advento da Carta Magna, a criança e o adolescente deixaram de ser vistos como objeto do direito, como coisa, tendo sido alçados à categoria de sujeito de direito, de ser, cujas prerrogativas de prioridade e de supremacia de seus interesses emanam da especial condição de pessoas em desenvolvimento que são.

O tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente é mais um traço da mencionada personalização do direito civil. O princípio da proteção integral visa a assegurar o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade humana a pessoas em desenvolvimento, devendo ser punida qualquer forma de violação, opressão ou exploração.

Nesse contexto, os pais deixam de ter direitos sobre os filhos e passam a ter deveres para com a prole, deveres materiais e psíquicos. Os filhos passam a dever ser poupados no que se refere às dificuldades havidas entre os genitores, seja enquanto unidos como casal, seja após o desenlace ou a separação.

Ainda que se trate de tarefa árdua, os genitores precisam conseguir realizar a separação havida e, principalmente, e concretizar a distinção entre os papéis de cônjuges e de pais/ genitores. A relação havida entre genitor e prole deve ser mantida intacta, independentemente do que tenha havido no relacionamento dos pais, a fim de garantir o desenvolvimento saudável daquelas pessoas cujos interesses foram priorizados constitucionalmente, seres em formação.

É justamente em meio às dificuldades havidas pelo casal ou após a dissolução da união do casal que o instituto da alienação parental entra em cena.

Em que pese a grande celeuma existente no tocante à denominação do instituto, é importante mencionar que atos de alienação sempre ocorreram nos relacionamentos entre pais e filhos ou entre cônjuges. Não se trata de novel comportamento. A novidade está na denominação da prática, na sua identificação pela doutrina, legislação e jurisprudência, na identificação da nocividade das condutas e, principalmente, na conclusão de que há necessidade de prevenção e combate a todo comportamento alienador.

A alienação parental ocorre quando um dos genitores pratica atos que visam a afastar o filho ou os filhos do outro genitor. Foi diagnosticada conforme amplamente narrado neste trabalho por Richard Gardner no inal do século XX e, na grande maioria dos casos, costuma ser desencadeada quando os genitores passam a se movimentar rumo à separação, quando um dos genitores não digere bem o fim do relacionamento e quando não há consenso quanto à guarda dos filhos.

Os atos alienadores podem ser praticados pelos genitores, mas não apenas por eles. Outro membro do grupo familiar pode praticar alienação parental, desde que tenha o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos dos filhos com o outro genitor ou com um dos genitores. Exemplos de práticas alienadoras não faltam, vão desde a manipulação da verdade, a implantação de falsas memórias até as denúncias de falso abuso sexual.

Há divergência quanto ao momento em que a alienação parental se torna síndrome de alienação parental. Conforme narrado neste trabalho, a nosso ver, a síndrome se mostra instalada quando o filho, alienado por um dos genitores, acata definitivamente a manipulação e passa a agir ativamente para o afastamento seu do outro genitor (excluído). A alienação parental causa ao filho e ao genitor alienado consequências nefastas; a síndrome da alienação parental causa consequências mais nefastas ainda, não apenas aos vitimados, mas a toda a família e a sociedade, casos em que há a necessidade de encaminhamento da criança e/ou do adolescente a tratamento médico e/ou psicológico adequado.

A produção doutrinária no tema da alienação parental ainda é bastante escassa. Aqueles que escrevem sobre o tema tendem a relacioná-la ao ambiente materno guardião. De fato, ainda hoje a guarda dos filhos, em sua grande maioria, é atribuída às mães. Também é mais comum e frequente a menção da prática de alienação parental pelo genitor guardião, neste caso a mãe. Contudo, a nosso ver o fenômeno pode, sim, ocorrer quando os pais ainda se relacionam, ou seja, previamente à separação, ou ainda, no ambiente das relações

familiares, ou seja, práticas alienadoras envolvendo outros membros da família, como avós, ou ainda pelo genitor não guardião, seja ele o pai ou a mãe. À alienação parental praticada pelo genitor não guardião demos o nome neste estudo de “alienação parental inversa”.

A Lei n.º 12.318 promulgada em 27 de agosto de 2011 tardiamente disciplinou o instituto da alienação parental. Tal diploma reconheceu a existência da prática alienadora, definiu o que é alienação parental, apresentou rol exemplificativo de atos e práticas alienadoras, reconheceu que a alienação fere direito fundamental e constitui abuso moral contra a criança e o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de guarda ou tutela, estabeleceu procedimentos processuais a serem adotados em casos judicializados, evidenciou a importância da realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, por profissionais com experiência no comportamento alienador, em processos judiciais que tratem desta temática e previu as medidas judiciais que podem ser adotadas pelo juiz quando caracterizados atos típicos de alienação parental.

Entre as medidas previstas na lei que trata de alienação parental estão a possibilidade de o juiz advertir e multar o responsável, ampliar o regime de visitas em favor do genitor excluído, determinar intervenção psicológica monitorada, a mudança do regime da guarda para guarda compartilhada ou ainda a suspensão do poder familiar do alienante

Conforme já mencionado, a referida legislação teve dois dispositivos vetados, o primeiro deles que possibilitava o uso de procedimento de mediação para a solução do litígio antes do processo ou no curso deste sob o fundamento de suposta impossibilidade de aplicação de mediação para a solução de conflitos familiares relacionados com a alienação parental, em especial, em razão da indisponibilidade do direito de convivência familiar da criança e do adolescente.

A nosso ver, tal veto não procede, uma vez que a mediação possibilita que as partes envolvidas apresentem cada qual seu posicionamento pessoal, favorecendo a criatividade e flexibilidade dos envolvidos e oportunizando que sejam levadas outras hipóteses de solução para a lide, fazendo com que os protagonistas construam de forma parceira e conjunta uma solução para a questão.

O segundo veto refere-se ao dispositivo legal que pretendia criminalizar a conduta de alienação parental, incluindo sanção penal para a prática alienadora que obstruísse o contato entre pais e filhos. Os profissionais que apoiam esse veto afirmam que a criminalização da conduta de alienação parental poderia trazer maiores prejuízos aos filhos, em especial, algum sentimento de remorso e culpa. E mais. Em defesa do veto, há quem

acresça o argumento de já existir figura penal do crime de desobediência, presente quando um genitor (ou terceiro) deixa de cumprir a ordem judicial, por exemplo, de execução das visitas e procura afastar de forma insistente o filho do convívio do outro genitor. Já os contrários ao veto afirmam que o dispositivo que seria acrescido ao artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da legislação em comento, focava uma criminalização diferente, ou seja, pretendia penalizar aquele genitor (ou terceiro) que se utilizasse de falsas memórias, ao comunicar ao Juiz, Conselho Tutelar e ao Ministério Público a falsa ocorrência de crime de abuso sexual ou de ato libidinoso com o propósito único de suspender ou restringir, com o amparo legal, a convivência entre a criança ou adolescente para com o genitor falsamente acusado.

A criança ou o adolescente, vitimado pela alienação parental, apresenta determinados comportamentos característicos, tais como mudança de humor, reações de medo, ansiedade e insegurança, isolamento, tristeza e depressão, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, transtorno de identidade ou de imagem, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas e, em casos extremos, comportamentos suicidas.

Diante da conduta de rejeição do filho fruto do processo de alienação, o genitor alienado pode e deve adotar medidas que contribuirão para o afastamento das nefastas consequências da alienação parental. Nesse diapasão, é importante ressaltar que, entre os comportamentos mais característicos do genitor alienador estão, especialmente, criativas estratégias para obstruir contato entre o filho e outro genitor, falsas denúncias de abuso físico, emocional e sexual e desqualificação do outro genitor.

Conforme relatado, há situações que contribuem para que a alienação parental se configure. Os pais que não têm maturidade emocional para digerir o fim do relacionamento conjugal e separar os papéis de pai e mãe e de cônjuges, acabam por repassar aos filhos seus anseios, suas inseguranças e insatisfações, o que acaba por sobrecarregar emocionalmente as crianças e os adolescentes, que na certa já estão sofrendo com a separação dos pais. E mais. Possível disputa ou conflito dos pais para estabelecer a guarda dos filhos, o regime de visitação, a partilha de bens, a fixação dos alimentos sobrecarrega ainda mais a prole, que sofre com o desequilíbrio dos genitores, e acaba por ser utilizada como massa de manobra dos pais para atingirem um ao outro ou para conseguirem seus objetivos. Ainda que as partes envolvidas tenham dificuldade para compreendê-lo, é importante ressaltar que a separação

dos genitores não traz nenhum reflexo ou alteração aos deveres inerentes ao poder familiar em relação aos filhos menores.

Não há dúvida de que o rompimento da união, do relacionamento dos genitores os deixa fragilizados, sendo que na grande maioria dos casos não se consegue manter laços afetivos com o ex-cônjuge. Contudo, a relação com os filhos precisa ser reservada para que não se identifiquem indícios de alienação parental. É nesse sentido que a doutrina questiona a fixação da guarda unilateral dos filhos, vez que essa modalidade de guarda fomentaria os sentimentos possessivos, a ingerência do genitor guardião em relação aos filhos, possibilitando a ocorrência da alienação parental.

Conforme trazido neste estudo, existem medidas preventivas que podem ser adotadas para evitar a ocorrência da alienação parental e a instalação da síndrome da alienação parental. Entre elas estão o planejamento familiar e reprodutivo, uma vez que os filhos serão concebidos de forma planejada, livre de qualquer ato de irresponsabilidade que possa causar traumas futuros, a paternidade responsável, vez que os pais terão prévia ciência do dever de prover a assistência afetiva, moral, intelectual e material dos filhos e ainda a fixação da guarda compartilhada a depender do caso concreto, visto que essa modalidade de guarda é muito benéfica se aplicada de forma consensual e nos casos adequados, mas cabe ressaltar que não se trata de panaceia para todos os males.

Já nos casos em que constatada a prática de alienação parental necessária a celeridade e certa intervenção do poder judiciário, dos promotores de justiça, dos defensores públicos, mas especialmente, da equipe multidisciplinar especializada na temática da alienação ou ainda com experiência em matéria de família e infância e juventude.

Não se questiona a importância da atuação multidisciplinar nos casos de alienação parental. E mais. Quando já instalada a síndrome, mais vital ainda se torna a atuação conjunta do advogado, magistrado, assistente social e psicólogo a fim de reestabelecer os laços afetivos entre a criança ou o adolescente e o genitor alienado, além de possibilitar o acompanhamento a todos os envolvidos na alienação.

Ainda que o dispositivo legal que tratava do uso de mediação nos casos de alienação tenha sido vetado na legislação específica, acredita-se ser esse importante mecanismo extrajudicial de solução de conflito familiar, vez que conforme já dito é meio autocompositivo e não adversarial de solução de contendas, através da intervenção de um terceiro sem poder de decidir, mas que pode auxiliar as partes envolvidas a encontrarem a forma, o caminho mais adequado para atender os interesses dos filhos, possibilitar diálogo

das partes e, com o devido acompanhamento multidisciplinar, pôr fim à disputa evidenciada. A nosso ver, a mediação é, sim, meio de pacificação social e permite, em especial, nas relações e contendas familiares, encontrar uma resposta célere e eficaz para a solução amigável do conflito.

E mais. Nos casos em que a mediação não se mostrar eficaz ou na impossibilidade de acesso a esse mecanismo de solução de conflitos, o genitor vitimado pela alienação parental, deve recorrer ao poder judiciário com urgência, em especial, após o advento da Lei 12.318/2010 que estabelece as medidas a serem adotadas nos casos de alienação parental.

Compiladas as ideias trazidas neste trabalho sobre o direito civil atual fortemente marcado pelo viés constitucional, pela personificação do direito civil, pela visão humanista das relações, em especial das relações familiares, do amplo estudo feito do instituto da alienação parental e de todas as suas especificidades e características, da visão das relações familiares na pós-modernidade e ainda a crença de que a mediação pode, sim, gerar bons e saudáveis frutos se aplicada às relações familiares e, mais especificamente, aos casos de alienação parental, resta-nos concluir que as práticas alienadoras violam, sim, os direitos de personalidade.

Conforme amplamente exposto, os direitos da personalidade são aqueles reconhecidos à pessoa humana para a defesa e garantia de valores inatos ao homem, tais como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra e a intelectualidade, entre outros. Os direitos da personalidade estão vinculados de forma indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana por sua vez representa justamente o núcleo vital dos direitos da personalidade.

Os doutrinadores se dividem entre as correntes positivista e jusnaturalista. Conforme visto, para os positivistas, os direitos da personalidade seriam apenas aqueles direitos reconhecidos pelo Estado, ou seja, todos os direitos derivariam do ordenamento jurídico. Já para os jusnaturalistas, os direitos da personalidade corresponderiam às faculdades exercidas normalmente pelo homem, vez que seriam direitos relacionados aos atributos inerentes à condição da pessoa humana.

Os direitos da personalidade são, em verdade, os limites impostos contra o poder público e contra os particulares na proteção da pessoa humana, garantindo, dessa forma, seu desenvolvimento e sua existência. Tais direitos possuem algumas características que lhes são peculiares, visando à proteção da pessoa humana, sendo considerados inatos, absolutos,

extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.

Os direitos da personalidade precisam ser garantidos pelo Estado, surgindo para tanto a necessidade de tutela para a sua proteção, quando ameaçados ou lesionados. Essa tutela é dotada de mecanismos de coação a fim de garantir sua observância, prevenindo a ocorrência de lesões, ou impedindo sua continuidade, nesse caso denomina-se tutela inibitória, ou ainda para determinar seu ressarcimento após a violação e, nessa hipótese, denomina-se tutela ressarcitória.

A tutela inibitória não deve ser confundida com o *Contempt of Court* brasileiro, cuja finalidade não é preventiva, mas eminentemente punitiva. Tal instituto originário da *Common Law*, conforme explanado, tem como finalidade a garantia da eficácia das decisões judiciais por meio da aplicação de medidas coercitivas contra as partes no processo. Tais medidas consistem na imposição de prisão, ou multa, consoante a parte adote uma conduta atentatória à dignidade da justiça, ou cometa crime de desobediência, omitindo-se em praticar um ato determinado pelo juiz.

Ao tratar da tutela ressarcitória há o ingresso automático e inevitável na seara da responsabilidade civil, cujo elemento principal é a existência de um dano.

A questão maior é de aferição da existência do dano e de quantificação do dano. No que se refere aos direitos da personalidade, a lesão em si, independentemente de outras consequências materiais, acarreta o dano moral ressarcível. Os danos causados aos direitos da personalidade podem ser morais (extrapatrimonial) e ou materiais (patrimonial ou pecuniário).

Acredita-se que a responsabilidade civil é instituto aplicável ao direito de família, especialmente no que se refere à relação de parentalidade, que envolve sujeitos vulneráveis, em fase de desenvolvimento, sendo os pais responsáveis, sim, pelo fornecimento de todas as condições necessárias à formação saudável e completa dos filhos.

A alienação parental, ao lesar o direito à convivência familiar entre pais e filhos, fere os direitos da personalidade dos filhos primordialmente, mas também do genitor envolvido no processo alienatório.

Não se questiona o fato de a convivência familiar representar fator essencial para a formação da personalidade e caráter da criança e do adolescente. Os filhos não crescem de forma saudável sem a construção e manutenção de vínculos afetivos, estáveis e verdadeiros com seus pais. A relação pais e filhos não existe por acaso. Ela tem uma razão de ser, os

filhos precisam dos pais e os pais precisam dos filhos, eles precisam conviver, eles precisam trocar, trocar sentimentos, experiências, contatos, visões.

O estabelecimento de vínculos afetivos é substancial à condição humana e se constitui em requisito essencial ao desenvolvimento do homem.

Mas a problemática é ainda maior. A alienação parental, a nosso ver, macula a dignidade da pessoa humana ao afetar a identidade pessoal da criança e do adolescente, ao ferir a integridade psíquica dos menores que estão em processo de formação, levando-os a desenvolver patologias e consequências reprováveis na vida adulta.

A alienação parental atinge mais, viola o direito ao respeito, à saúde, especialmente, o direito à vida das pessoas alienadas.

Não se olvide que a Constituição Federal, ao dispor em seu artigo 227 ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-o a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, trouxe amplo feixe de reflexo para todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a criança passou a ser vista como cidadã, como sujeito de direitos, que possui proteção prioritária necessária ao seu desenvolvimento. Fala-se aqui na doutrina da proteção integral.

A alienação parental fere justamente esta doutrina da proteção integral, desrespeita o amadurecimento moral e afetivo dos menores, viola os princípios da paternidade responsável, da convivência familiar e da solidariedade. Atinge por fim, de forma certa, o princípio da dignidade da pessoa, previsto no inciso III do artigo 3º do texto constitucional, que nada mais é do que a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor, o respeito que pode exigir de todos pela sua condição de ser humano, de não ser prejudicado em sua existência, vida, corpo, saúde.

Dessa forma, conclui-se, inequivocamente, que a alienação parental viola inúmeros direitos da personalidade, tanto do filho quanto do genitor alienado, em especial, os direitos à convivência familiar, à afetividade, à integridade psíquica, à solidariedade, ao respeito, à liberdade, ao afeto e à felicidade.

A prática da alienação parental, se detectada de forma prematura, ou seja, quando ainda não instalada efetivamente ou ainda quando não concretizada a síndrome da alienação

parental, pode dar ensejo à já referida tutela inibitória, que visa a prevenir, obstar a violação a direito.

Nos casos em que a alienação parental já estiver instalada, sendo visíveis as consequências nefastas na vida e nos sentimentos dos filhos para com o genitor alienado e também na vida do genitor alienado, abre-se espaço para a tutela ressarcitória.

Conforme já foi dito, a alienação parental gera violação nos direitos mais pessoais e íntimos das partes envolvidas na relação de pais e filhos, ou seja, gera lesão nos direitos da personalidade, sendo possível o procedimento indenizatório para compensar as vítimas pelos estresses, pelas dores vivenciadas nessas traumáticas situações que afetam substancialmente o equilíbrio das pessoas envolvidas.

O abuso afetivo, tal qual ocorre na questão do abandono afetivo, não tem como objetivo monetarizar o afeto, tampouco fomentar a vingança de filhos contra pais ou entre ex-cônjuges ou companheiros, mas com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, visa por meio de indenizações, a compensar as práticas ilícitas advindas da alienação parental, punir e dissuadir o alienante da reiteração de atos alienadores.

É muito importante ressaltar que aos operadores do direito cabe avaliar quão interessante ou adequado ao caso concreto a propositura de ação de indenização por danos morais em razão da prática de atos de “abuso afetivo”, pois a nosso ver tal prática deve ser, sim, a última medida, vez que provocará o acirramento das dificuldades havidas entre pais e filhos e tornará ainda mais conturbada a situação vivenciada pelas partes. Faz-se tal colocação, porque a lei traz formas alternativas de combate à alienação parental, como o tratamento compulsório dos pais, a modificação de guarda e imposição de multa, entre outros, conforme já amplamente exposto.

Por fim, o tema da criminalização da conduta alienante provoca inúmeras discussões doutrinárias. Em que pese o ato de um dos genitores de impedir a visitação do outro aos filhos não configurar crime, é possível enquadrá-lo no tipo penal de descumprimento de ordem judicial, previsto no artigo 330 do Código Penal pátrio. Há quem entenda ainda a possibilidade de prisão do alienante pela prática do crime de tortura.

Diante da insuficiência da punição pelo tipo penal da desobediência, há projeto de lei em trâmite para tornar crime práticas de obstrução à convivência familiar entre as crianças e adolescentes e o genitor não guardião. Os doutrinadores que defendem a aprovação do projeto, justificam a importância das visitas, como direito fundamental da criança à convivência familiar com ambos os genitores.

A legislação de outros países já incorporou a repressão à conduta alienante de impedimento do convívio familiar mediante a visitação, como consta, por exemplo, na legislação Argentina, apontada como pioneira na criminalização de atos que impeçam, ou atrapalhem a convivência entre os filhos e o genitor não guardião. Também o Código Penal da Noruega trata dos crimes referentes às relações familiares e pune a conduta de privar a criança da convivência com seus responsáveis legais. O Código Penal da Califórnia/EUA, prevê pena de prisão de até 1 (um) ano e/ou multa de até mil dólares para qualquer pessoa que impedir o exercício do direito à guarda, ou à visitação. Na Alemanha, o capítulo que trata das ofensas à liberdade pessoal prevê a conduta de retirar a criança ou adolescente da custódia de um, ou de ambos os pais, ou de seu guardião, ou ainda impedir sua visitação, apenada com prisão de 1(um) a 10 anos de reclusão.

Já a legislação espanhola criminaliza a subtração de crianças e adolescentes de seu guardião e equipara a essa conduta o ato de reter o infante ou jovem, descumprindo decisão judicial ou administrativa, aplicando-se pena de prisão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e suspensão do poder familiar de 4 (quatro) a 10 anos, aos ascendentes e aos parentes do genitor até o segundo grau de consanguinidade, ou afinidade, que incorram nas mesmas condutas. Na França, o ato de obstaculizar a visitação, recusando-se a entregar o filho a quem tem direito de visitas regulado por decisão judicial, é apenado com 1 (um) ano de prisão e multa de 15 mil euros. Também há penalização com prisão de 6 (seis) meses e multa de 7 mil e 500 euros, do guardião que muda de endereço sem comunicar em até 1(um) mês qualquer pessoa que possua o direito de visitas por decisão judicial.

Indubitavelmente a alienação parental representa comportamento nocivo aos filhos e genitores vitimados, mas também à sociedade como um todo. Faz-se necessário o uso de rede de ajuda, a qual deve começar seu trabalho pela compreensão do que é a alienação parental, quando ocorre, quais suas consequências, quais os mecanismos de prevenção e como coibir sua instalação. Nem a sociedade, nem o Estado nem a família podem fechar os olhos para a alienação parental visto tratar-se de efetiva violação aos direitos da personalidade, cujas sequelas e consequências são absolutamente gravosas aos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ABELLEIRA, H. DECLUCCA, N. Clínica forense en familias: historización de una práctica. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2004; BUFANO, N. C.; IGLESIAS, S.; SALGADO, C. B. *Trabajo em equipo: el juez y el perito psicólogo*. In: **Revista de La Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina**, ano 3, n.2, p. 53-68, 1991;

AGUILAR, José Manuel. **Síndrome da Alienação Parental**. Casal de Cambra-Portugal: Caleidoscópio Edição e Artes Gráficas S/A, 2008.

_____. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 21 maio 2012.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada. Um Avanço para a Família**. São Paulo: Atlas, 2010.

ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*, trad. esp. De Ernesto Garzón Valdés. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEDIA, José Luiz Gavião de Almeida. **Direito Civil. Família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a socioafetividade como seu valor jurídico fundamental. In: **10 anos de vigência do Código Civil de 2.002 – Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. Christiano Cassettari (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral no projeto do Código Civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n 38, p. 26-37, out.-nov. 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo direito de família. In: Welter, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.) **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Estatuto da Família de fato: de acordo com o novo Código Civil**. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 797, p. 11-26, mar. 2002.

BAIHAM, Andrew. *Children: the modern Law*. 2 ed. Bristol: Jordan, 1998.

BAKER, Amy J. L.. *Adult children of parental alienations syndrome. Breaking the ties that bind*. New York – London: W.W. Norton & Company. 2007.

BANDEIRA, Regina. CNJ promove I Conferência Nacional de Mediação. In: **Agência CNJ de Notícias**. CNJ promove I Conferência Nacional de Mediação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27000-cnj-promove-i-conferencia-nacional-de-mediacao>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma vivência interdisciplinar. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003.

_____. **Educação para a Paz**. IN Boletim IBDFAM, n.º 67, ano 11, março/abril de 2011.

_____. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARBOSA, Fausto. Semana nacional tem agendas várias audiências nas Varas de Família. In: **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21981:semana-nacional-tem-agendadas-varias-audiencias-nas-varas-de-familia&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaes Ros de. **Alienação Parental. Um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio**. Brasília: Liber Livro, 2013.

BARREIRO, Carla Alonso. Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. 06 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro**. Parte Geral. (Arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

BARROS, F. O. **Do direito ao pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS NETTO, Cássio Leite de. **Contempt of Court**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia da família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n.º 11, p. 5-17, out.-dez. 2001.

_____. A ideologia do afeto. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n.º 14, p.5-10, jul.- set. 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BAUMANN, Zigmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza; FERENC, Lissa Cristina Pimentel Nazaret; RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudos Preliminares sobre Mediação**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, 08. jul. 2008.

BELO, Luciana. Medéia, um complexo destrutivo. 12 jul. 2011. In: **Mitologia Grega**. Disponível em: <<http://eventosmitologiagrega.blogspot.com/2011/07/medeia-um-complexo-destrutivo.html>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de derecho de familia**. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996. t. I e II.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BERLINERBLAU, Virginia. *Backlash y Abuso Sexual Infantil*. Disponível em: <<http://www.caminos.org.uy/backlash.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. **Direitos da Personalidade**. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2004.

_____. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997,

_____. **Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade**. Revista do Advogado, n. 38, dez. 1992.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. São Paulo, RT, v.676, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2. Tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONE, J.M. e WALSH, M.R. – *Parental alienation Syndrome: How to detect it and what to do about it*. The Florida Bar Journal, Vol. 73, n. 3, March, 1999.

BORDA, Guilherme A. *Tratado de derecho civil*. 9ª ed. amp. atual. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANONNI, Eduardo A. *Manual de derecho de família*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Família pós-divórcio: a visão dos filhos. In: **Psicologia, Ciência e Profissão**. Brasília, v.1, n. 27. 2007.

_____. Pais de fim de semana – questões para uma análise jurídico-psicológica. In: **Psicologia Clínica Pós-Graduação e Pesquisa**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 140. 1997.

_____. Descumprimento da visitação e a questão penal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, IBDFAM/Síntese, n. 8, p. 18-29, jan./mar. 2001.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão da ética nos litígios de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 495-507.

_____. Abrindo os olhos para verdadeiros relatos e falsas memórias. In: **Incesto e Alienação Parental - Realidades que a justiça insite em não ver**. DIAS, Maria Berenice (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco José. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALÇADA, Andreia. **Falsas Acusações de Abuso Sexual e a Implantação de Falsas Memórias**. Organizado pela APASE – Associação de Pais e Mães Separados. São Paulo: Equilíbrio, 2008.

_____. In: SAVAGLIA, Fernando. Amor exilado. **Revista Ciência & Vida - Psique**. Disponível em: <<http://psiquescienciaevida.uol.com.br/ESPS/edicoes/43/artigo147870-1.asp>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CAMARGO, José A. **Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres. A manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direitos de família e do menor.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil: La famille*, 19a. ed. Paris: PUF, 1998, t. 2.

_____. *Droit civil: la famille: les incapacités.* Paris: PUF, 1992.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. In: **VII Congresso Brasileiro de Família**, 2.009, Belo Horizonte. Família e Responsabilidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=223>. Acesso em: 22 dez. 2010.

CARTER, B.; McGOLDRICK, M. (Org.). **As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASE of Elsholz v. Germany. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/legal/internat/elsholz.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CENTRO de estudos judiciários. Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso: em 01 nov. 2011.

CHILD Support Laws. Child Custody Rights. Disponível em: <<http://www.childsupportlaws.co.uk/child-custody-rights.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Comentários ao Código Civil.** In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, v.18.

_____; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. (Coords.). **Direito de Família no Novo Milênio. Estudos em Homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Da responsabilidade civil no Código de 2002: aspectos fundamentais**. Revista de Direito Campos Salles, v. 1, 2007.

CIGOLI, V. O rompimento do pacto: tipologia do divórcio e rituais de passagem. In: ANDOLFI, M. (Org.). **A crise do casal: uma perspectiva sistêmico-relacional**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

CÓDIGO civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*). Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2013.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

CORDEIRO, Edilene. CNJ e MJ lançam cartilhas para auxiliar famílias sobre divórcio. In: **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25746-cnj-e-mj-lancam-cartilhas-para-auxiliar-familias-sobre-divorcio>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

CORREIO Brasiliense – Brasília – DF – 28 de dezembro de 2003. Artigo publicado no site da Associação de Pais e Mães Separados. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 22 maio 2012.

COSTA, Judith Martins. **Bioética e dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 18/160.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A Cidade Antiga. Título original: *La Cité Antique – Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. In: **Editora das Américas S.A. – EDAMERIS**, São Paulo, 2.006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html#B3>>. Acesso em: 26 set. 2013.

CUENCA, Jose Manuel Aguilar. O uso de crianças no processo de separação. Síndrome de alienação parental. In: **Associação de Pais e Mães Separadas**. Cristina Federici (Trad.). Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DALLAM, Stephanie J. de. Dr. Richard Gardner: *A Review of His Theories and Opinions on Atypical Sexuality, Pedophilia, and Treatment Issues*. In: **The Leadership Council**. Disponível em: <<http://www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/2.html>>. Acesso em: 02 out. 2013.

DARNALL, Dr. Douglas. **Consequências da Síndrome da Alienação Parental sobre as crianças e sobre o genitor alienado**. Disponível em: <<http://www.chen/pas/bw199809.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

_____. *Parental Alienation Conference*; 1999. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/info/pas/darnall.htm>>. In: FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. **Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162/168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013. p.164.

_____. *Parental alienation: not in the best interest of the children*. LD Law Ver 1999; 75:323/64.

DAVIES, Joel; JEFFRIES, Michael. *A family's heartbreak. A parent's introduction to parental alienation*. Connecticut, 2008.

DE MATTIA, Fábio M. **Direitos da personalidade: aspectos gerais**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 2, jan./mar. 1978.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v 1-2.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Homoafetividade: o que diz a justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? In: **APASE**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 21 maio 2012.

_____. **Incesto e Alienação Parental. Realidades que a Justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (cCoords.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 5º volume. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 1º volume. 24ª ed. ver. atual. De acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOLINGER, Jacob. O direito e o amor. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, n.º 2.

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental. Restituição Internacional de Crianças e Abuso do Direito da Guarda**. São Paulo e Fortaleza: leis & letras, 2011.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª edição. Tradução de J. Baptista Machado. Tradução do original alemão intitulado: *EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN 8, neu bearb. Auflage, 1983 VERLAG W. KOHLHAMMER GmbH. Stuttgart*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p.208-210.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1.997.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. A composição do dano em um modelo solidarista. In: **Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade**. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Clara Osuna Dias Falavigna (Coords.). Porto Alegre: Magister, 2007.

FÉRES-CARNEIRO, T. Separação: o doloroso processo de dissolução da conjugalidade. In: **Estudos de Psicologia**, Natal, v. 8. n. 3, p. 370, dez. 2003

FERNANDÉZ, I. A. et al. *Los equipos técnicos de los tribunales de justicia*. In: **Anuário de Sociologia y Psicología Jurídicas**, Barcelona, p. 221-229, 1982.

FERRANDO, Gilda. Famílias recompostas e novos pais. In: **Problemas da Família no Direito**. Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Antônio Carlos Mathias Coltro e Marília Campos Oliveira e Telles (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2.011.

FIGUEIREDO; Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIORELLI, José Omir; MANGINI, Rosana Calhija Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. **In: Revista Pediatria** (São Paulo), edição 28, 3º trimestre, p.162-168, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013.

FRANÇA, Limongi. **Manual de direito civil**. 3ª ed. v. I. São Paulo: revista dos Tribunais, 1975.

FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____. **Alienação Parental: Comentários à Lei n.º 12.318/2.010**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Responsabilidade civil decorrente de alienação parental**. In: **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª edição, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.

FROSH, Stephen; GAUDERER, Danya. **Abuso sexual de niños**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

FUGITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2ª ed, 2003.

_____. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2011.

_____. Família monoparental. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança – Uma Abordagem multidisciplinar: manejo, terapia e intervenção legal integrados**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade Civil**. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 11ª ed. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; GUERRA, Leandro dos Santos. Função Social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2007.

GARDNER, Richard A. – *The parental alienation syndrome*. Creative Therapeutics Inc., Cresskill, N.J., 1992.

_____. (2002) *Parental alienation syndrome vs. parental alienation: which diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?* In: **American Journal of Family Therapy**, 30 (2), 93-115.

_____. In: **PsyCare**. Disponível em: <<http://parentalalienation.com>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Rita Rafaeli (trad.) In: **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap1/o/dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

GARDNER_ADDENDUM2. Richard A. GARDNER. Disponível em: <<http://rgardner.com/refs/addendum2.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

GIBERTI, Eva. *Los hijos de La pareja divorciada*. In: DE GORE, Silvia Chavanneau; OPPENHEIM, Ricardo. *El divorcio y la familia: los abogados, los padres y los hijos*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1985.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GODOFREY, J. In: MEIRA, S.A.B. **A lei das XII tábuas**.

GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. 1982. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

GOLDENBERG, M. Novas famílias nas camadas médias urbanas. ENCONTRO DE PSICÓLOGO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 3. Rio de Janeiro, Nov. 25, 2002. In: **Divisão de Psicologia da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital** (Org.). Rio de Janeiro: DIAG – Divisão de Artes Gráficas do TJERJ, 2003.

GOLDRAJCH, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. **A Alienação parental e a reconstrução dos vínculos familiares: uma abordagem interdisciplinar**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n.º 37, ago./set. 2006, p. 5-26.

GOMES, Jocelia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental. O Bullying Familiar**. São Paulo: Imperium Editora, 2014.

GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e Eticidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONZALEZ, M. R.; CABARGA, P. L.; VALVERDE, V. J. I. *Percepciones parentales en niños de familias separadas: una nueva version Del Síndrome de Estocolmo?* *Anuário de Psicologia Jurídica*, 1994.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

_____. Famílias reconstituídas. Novas uniões depois da separação. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 667.

GROENINGA, Giselle Câmara. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. O Fenômeno da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuições de mediação interdisciplinar. In: **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia**, n.º 14, 2006.

_____. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinares com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. Tese de doutorado. Universidade São Paulo, São Paulo. 2011.

_____. O Fenômeno Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 124.

GUZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). Incesto e Alienação Parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome da Alienação Parental. 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____; OLIVEIRA, Euclides Benedito. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes

Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras complementares de Direito Civil; Direito das Famílias**. Salvador: Juspodium, 2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - Registro Civil. Volume 29, Rio de Janeiro: 2002.

_____. Registro Civil 2011: Taxa de divórcios cresce 45,6% em um ano. Comunicação Social, dezembro de 2012. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2294&busca=1&t=registro-civil-2011-taxa-divorcios-cresce-45-6-um-ano>>. Acesso em: 03 out. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KEMPE, Ruth S.; KEMPE, C. Henry. *Niños maltratados*. 4ª ed. Madrid: Morata, 1996.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LAGRASTA NETO, Caetano. LAVAGEM CEREBRAL - O que é a Síndrome da Alienação Parental. In: **Revista Consultor Jurídico de 17.09.2011**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

_____. **Tribuna da Magistratura**. Out. 1998.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, trad. esp. Marcelino Rodriguez Molinero, *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Grandes Temas da Atualidade Responsabilidade Civil – Dano Moral**. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEONARD, Robin; ELIAS, Sthepen R. *Family Law Dictionary*. Berkeley: Nolo, 1990.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Questionamentos sobre a figura do protutor no Código Civil de 2002**. In: **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010.

LIRA, Claudia. In: STJ – Superior Tribunal de Justiça. Especial STJ destaca os problemas da Alienação Parental. Coordenadoria de Rádio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104308&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=filhos>. Acesso em: 01 out. 2013.

LISBOA, Maria Helena Alcântara. Texto publicado no site MHR Psicólogos Associados. Disponível em: <<http://www.mhrpsicologos.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2012.

LYRA, Jorge; RIDENTI, Sandra. Mãe presente, Pai ausente? Reflexões preliminares sobre as funções parentais nos anos noventa. In: **XX Reunião Anual da ANPOCS**. Caxambu, Minas Gerais, outubro 1996.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

_____. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 12, out./nov. 2009.

_____. Do poder familiar. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Do Poder Familiar. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso: 10 maio 2012.

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). **Direito de família na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, Carlos Dias. Alienação Parental. In: **Correio Braziliense**. 2010. Disponível em: <<http://www.participais.com.br/Carlos%20Dias%20Lopes%201.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

LOWENSTEIN, L.F. *Parental alienation syndrome, a two step approach toward a solution*. (Síndrome da alienação parental – abordagem em duas etapas para sua solução. – tradução livre). *Contemporary Family Therapy*, v. 20, n. 4, p. 505-520, dez. 1998. v. 20, n. 4, p. 505-520, dez. 1998.

_____. (2008). *What can be done to reduce the implacable hostility leading to parental alienation in parents?* *Justice of the Peace*, 172 (12), 185-187.

LOUREIRO. Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MADALENO, Rolf Hanssen. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151-169.

_____; MADALENO, Rolf. O dano moral na investigação de paternidade. In: **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Dias (Coords). Porto Alegre: Magister, 2007.

MAJOR, J.A.. *Parents who have successfully fought parental alienation syndrome*. Disponível em: <www.ouderverstoting.nl/artikelen/jayne-major-pas-full-article-2003.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: PETEFFI, Rafael. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAZEAUD, Henri et al. *Leçons de droit civil: Introduction à l'étude Du droit*. 11^a ed. Paris: Montchrestien, 1996.

_____; MAZEAUD, León. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 2^a ed., Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1934.

MEES, Lúcia Alves. **Abuso Sexual, trauma infantil e fantasias femininas**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*, 2^a ed. t. I. Coimbra: Almedina, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares de. *Curso de direito civil*. 41^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Danos morais em família? In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. 2ª série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

_____. A síndrome de alienação parental. In: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (Org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

MOURRET, Jacqueline. *La médiation familiale: une culture de paix*. Perpignan: Ateliers de la Licorne, 1996.

NATIONAL Institute for Health and Welfare. *Child maintenance and custody 2012. Statistical report and appendices*. Disponível em: <http://www.thl.fi/en_US/web/en/statistics/topics/social_services_children_and_families/c_hild_maintenance_custody>. Acesso em: 30 out. 2013.

NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com a mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de Estudos 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, p. 83.

NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Guarda Compartilhada: Evolução do Conceito dentro do Novo Sistema Jurídico Brasileiro**. 2005. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Responsabilidade - Teoria e Prática do Direito de Família**. Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, 2010.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. São Paulo: BH Editora, 3ª edição, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente**. 2012. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente. Dicas para não cair na armadilha da alienação parental**. São Paulo: Mescla, 2012.

_____. **100% Madrasta. Quebrando as barreiras do preconceito**. São Paulo: Integrare Editora, 2007.

PALMER, S. E. (2002). *Custody and access issues with children whose parents are separated or divorced*. *Canadian Journal of Community Mental Health*, (4 Suppl), 25-38.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade Civil. 3º volume. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito de Família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Famílias possíveis: novos paradigmas da convivência familiar. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 633-656.

_____. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. **Anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 13 out. 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETRI, Maria José Constantino. O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária. In: Antonio Jorge Pereira Júnior; Débora Gozzo; Wilson Ricardo Ligiera. (Org.). **Direito e Dignidade da Família**. São Paulo: Almedina, 2012, v. 1.

PLANALTO. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>.

PODEVYN, François (04/04/2001). Tradução para português: APASE – Associação de Pais e Mães Separados. In: **Associação Pais para Sempre**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: **Problemas da família no direito**. TEIXEIRA, Ana

Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELES, Marília Campos Oliveira e (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAMOS, Erasmo M. **Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha**. RT Fasc Civ. A 91. V. 799, p.15, maio de 2002.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Alienação Parental. **In: Revista Carta Forense**. Outubro/2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-alienacaoparentalpatriciapimentel.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. São Paulo: Planeta do Brasil. 2ª reimpressão, 2.007.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.

RAPIZO, R. et. al. Continuando a experiência: os grupos de mulheres e filhos que viveram o divórcio. **In: Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, ano X, n. 19, p. 42, ago. 2001.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Edups, 1973.

_____. O dano moral no direito brasileiro. **In: Temas de direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 20-8.

_____. Visão geral do novo Código Civil. **In: Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 26 set. de 2013.

_____. Função social da família no Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 26 set. de 2013.

REIS, Clayton. **Novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2.002.

_____. **Avaliação do Dano Moral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Érika Figueiredo. **Varas de Família – um encontro entre psicologia e direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. São Paulo: Ícone, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 6. Direito de Família. Atualizado por Francisco José Cahali. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

RUIZ, Ivan Aparecido; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A mediação na alienação parental: uma via aberta para pacificação familiar, como forma de acesso à justiça. *In*: Congresso Nacional de Conpedi, 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** p. 167-194, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Bioética, Biodireito e Código Civil de 2002**. Belo Horizontes: Del Rey, 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. A Defensoria Pública no Sistema de Justiça Brasileiro. *In*: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A Construção da igualdade e o sistema de Justiça no Brasil. Alguns caminhos e possibilidades**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2.007.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direito de família e das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Programa de Direito Civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, Parte Geral, cap. XIV, p.191 ss.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba: Juruá, 2013.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAVAGLIA, Fernando. Amor exilado. **In: Revista Ciência & Vida – Psique**. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/edições/43/artigo147870-1.asp>>. p.01. Acesso em: 01 out. 2013.

SCHLÜTER, Wilfried. **Código civil alemão: direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SHORTER, Edward. *The Making of the Modern Family*. New York: Basic Books.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. São Paulo: J. H. Mizuno, 3ª ed., 2012.

SILVA, Denise Maria Peressini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA, Evandro Luiz; RESENDE, Mário; MOTTA, Maria Antonieta Pisano *et ali*. **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião. Aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Ed. Equilíbrio, 2007.

SILVA, Marco Alves da. **Do pátrio Poder à autoridade parental – repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. v.5: Responsabilidade civil.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Direito de Família. Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008

SLHESSARENKO, Amanda Zoë. **Uma visão sobre guarda de menor e direito de visita na sociedade contemporânea**. 2000. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOMMA, Alessandro. *I diritti della personalità e Il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano:Dott. A.Giuffrè, n. 3, p 807-35, set. 1996.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2.010.

_____; SAMIS, E. M. Conflitos, diálogos e acordos em um Serviço de Psicologia Jurídica. In: BRITO, L. M. T. (Org). **Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2008.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma Nova Epistemologia**. In: GROENINGA, Giselle Câmara, e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____; SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Poder Familiar Compartilhado**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9516/poder-familiar-compartilhado>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TABORDA, José G.V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elis. **Psiquiatria forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2.006. v.2.

_____. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. Abandono Afetivo (Indenização) – Comentários a Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). **Direito de Família. Novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Coords.). **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Introdução na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Direito subjetivo**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 28.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TJERJ. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, TJSC. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP) In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores de direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____; Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Delinquência juvenil: uma abordagem transdisciplinar**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1996.

UNIÃO Europeia – EU. A sua Europa. Crianças: Responsabilidade parental. Disponível em: <http://europa.eu/youeurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_pt.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Almedina, 2006.

VELOSO, Zeno. **Direito de família no novo milênio. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo.** Silmara Juny de Abreu Chinellato, Jorge Shighemitsu Fugita, José Fernando Simão e Maria Cristina Zucchi (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Direito de família.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

_____. **Direito Civil**, Vol. IV. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIEIRA, Cláudia Stein. A relação jurídico afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilidade civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.) **Direito e Responsabilidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WAGNER, A. (Coord.). (2002). **Família em cena: tramas, dramas e transformações.** Petrópolis, RJ: Vozes.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro. Introdução e parte geral.** 8ª ed. ver., ampl. e atual. Com a colaboração do Prof. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 1.

WALLERSTEIN, Judith S.. Filhos do divórcio. In: COSTA, Gley P.; KATZ, Gildo. **Dinâmica das relações conjugais.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

_____; LEWIS, Julia; BLAKESLLE, Sandra. **Filhos do Divórcio.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____; KELLY, J. B. **Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

ANEXO A

Case of Elsholz v. Germany

(Application no. 25735/94)

Judgment

Strasbourg, 13 July 2000

This judgment is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the official reports of selected judgments and decisions of the Court.

In the case of Elsholz v. Germany,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. Wildhaber, President,

Mrs E. Palm,

Mr J.-P. Costa,

Mr L. Ferrari Bravo,

Mr L. Caflisch,

Mr W. Fuhrmann,

Mr K. Jungwiert,

Mr J. Casadevall,

Mr B. Zupan i ,

Mr J. Hedigan,

Mrs W. Thomassen,

Mrs M. Tsatsa-Nikolovska,

Mr T. Pan cîru,

Mr A.B. Baka,

Mr E. Levits,

Mr K. Traja,

Mr R. Maruste, judges,

and also of Mrs M. de Boer-Buquicchio, Deputy Registrar,

Having deliberated in private on 1 March 2000 and on 14 June 2000,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. *The case was referred to the Court in accordance with the provisions applicable prior to the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by the European Commission of Human Rights ("the Commission") on 7 June 1999 and by a German national, Mr Egbert Elsholz ("the applicant"), on 25 May 1999 (Article 5 § 4 of Protocol No. 11 and former Articles 47 and 48 of the Convention).*

2. *The case originated in an application (no. 25735/94) against Germany lodged with the Commission under former Article 25 of the Convention by the applicant on 31 October 1994.*

3. *The applicant alleged that the refusal to grant him access to his son, a child born out of wedlock, amounted to a breach of Article 8 of the Convention, that, as the father of a child born out of wedlock, he had been the victim of discrimination contrary to Article 14 of the Convention taken together with Article 8 and that, under Article 6 § 1 of the Convention, the proceedings before the German courts were unfair.*

4. *The Commission declared the application partly admissible on 30 June 1997. In its report of 1 March 1999 (former Article 31 of the Convention), it expressed the opinion that there had been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 (fifteen votes to twelve); that no separate issue arose as regarded Article 8 taken alone (fifteen votes to twelve); and that there had been a violation of Article 6 § 1 (seventeen votes to ten).*

5. *Before the Court the applicant was represented by Mr Peter Koeppel, a lawyer practising in Munich (Germany). The German Government ("the Government") were represented by their Agent, Mrs H. Voelskow-Thies, Ministerialdirigentin, of the Federal Ministry of Justice.*

6. *On 7 July 1999 the panel of the Grand Chamber determined that the case should be decided by the Grand Chamber (Rule 100 § 1 of the Rules of Court). Mr G. Ress, the judge elected in respect of Germany who had taken part in the Commission's examination of the case, withdrew from sitting in the Grand Chamber (Rule 28). The Government were accordingly invited to indicate whether they wished to appoint an ad hoc judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1). As the Government did not reply within thirty days, they were presumed to have waived their right of appointment (Rule 29 § 2). Consequently, Mr L. Ferrari Bravo, first substitute judge, replaced Mr Ress as a member of the Grand Chamber (Rule 24 § 5 (b)).*

7. *The applicant and the Government each filed a memorial.*

8. *After consulting the Agent of the Government and the applicant's lawyer, the Grand Chamber decided that it was not necessary to hold a hearing (Rule 59 § 2 in fine).*

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. *The applicant, a German national born in 1947, lives in Hamburg. He is the father of the child C., born out of wedlock on 13 December 1986. On 9 January 1987 he acknowledged paternity and undertook to pay maintenance for C. He fulfilled this obligation regularly.*

10. *Since November 1985 the applicant lived with the child's mother and her elder son Ch. In June 1988 the mother, together with the two children, moved out of the flat. The applicant continued to see his son frequently until July 1991. On several occasions, he also spent his holidays with the two children and their mother. Subsequently, no more visits took place.*

11. *The applicant attempted to visit his son with the assistance of the Erkrath Youth Office (Jugendamt), acting as mediator. When questioned by an official of the Youth Office at his home in December 1991, C. stated that he did not wish to have further contacts with the applicant.*

12. *On 19 August 1992 the applicant applied to the Mettmann District Court (Amtsgericht) for a decision granting him a right of access (Umgangsregelung) to C. on the first Saturday of every month, between 1 p.m. and 6 p.m. The applicant maintained that the mother refused him access to C. because he had accused her of having failed to ensure the supervision of the child when he had broken his arm in a playground accident in July 1991 and as a result of which he had stopped the voluntary monthly payments of 700 German marks (DEM) which he claimed to have made at the mother's request in addition to the stipulated child maintenance. The mother contested the applicant's submissions. She stated that the applicant had always been very generous to her but that he had not paid her any maintenance.*

13. *The District Court, after a hearing on 4 November 1992 and having heard C. on 9 November 1992, dismissed the applicant's request on 4 December 1992. The Court observed that Article 1711 § 2 of the Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch) concerning the father's right to personal contact with his child born out of wedlock (see paragraph 24 below) was conceived as an exemption clause which had to be construed strictly. Thus, the*

competent court should order such access only if this was advantageous and beneficial for the child's well-being. According to the court's findings, these conditions were not met in the applicant's case. The District Court noted that the child had been heard and had stated that he no longer wished to see his father who, according to the child, was bad and had beaten his mother repeatedly. The mother likewise had strong objections to the applicant which she had imparted on the child, so that the child had no possibility of building an unbiased relationship with his father. The District Court concluded that contacts with the father would not enhance the child's well-being.

14. On 8 September 1993 the applicant applied to the District Court for an order requiring the child's mother to consent to a family therapy for him and the child and for an order determining his right of access after contacts with his son had successfully resumed.

15. On 24 September 1993 the Erkrath Youth Office recommended that the Court should obtain a psychological expert opinion on the question of access rights.

16. Having heard C. on 8 December 1993 and his parents at an oral hearing on 15 December 1993, the District Court dismissed the applicant's renewed request to be granted access on 17 December 1993.

In so doing, the Court referred to its prior decision of 4 December 1992 and found that the conditions under Article 1711 of the Civil Code were not met. It noted that the applicant's relationship with the child's mother was so strained that the enforcement of access rights could not be envisaged as this would not be in the interest of the child's well-being. The child knew about his mother's objections to the applicant and had adopted them. If C. were to be with the applicant against his mother's will, this would put him into a loyalty conflict which he could not cope with and which would affect his well-being. The Court added that it was irrelevant which parent was responsible for the tensions; it placed particular emphasis on the fact that important tensions existed and that there was a risk that any further contacts with the father would affect the child's undisturbed development in the family of the custodial parent. After two long interviews with the child, the District Court reached the conclusion that his development would be endangered if the child had to take up contacts with his father contrary to his mother's will. At these interviews the child had called his father "nasty" or "stupid", adding that on no account he wanted to see him and said also "Mummy always says Egbert is not my father. Mummy is afraid of Egbert".

The District Court furthermore considered that the facts of the case had been established clearly and exhaustively for the purposes of Article 1711 of the Civil Code. It therefore found it unnecessary to obtain an expert opinion.

17. On 13 January 1994 the applicant, represented by counsel, lodged an appeal (Beschwerde) against this decision, requesting that that decision be quashed, that an expert opinion be obtained on the questions of access and of the child's true wishes in this respect, and that the father's access rights be determined accordingly.

18. On 21 January 1994 the Wuppertal Regional Court (Landgericht), without a hearing, dismissed the applicant's appeal. In so doing, it first stated that there were doubts on the admissibility of the appeal as the applicant, by letter of 12 January 1994, had informed the court of first instance that he would respect that court's decision, and requested help in order to reach a friendly settlement. Furthermore, the Regional Court found that the grounds of appeal contained in his submissions did not fully coincide with the request addressed by the applicant to the court of first instance.

The Regional Court, however, left open the question of whether or not the appeal was inadmissible and decided that in any event the applicant's request for access rights had to be dismissed as access was not in the interests of the child's well-being. It was not sufficient that such contacts were compatible with the child's well-being; they had to be advantageous and beneficial (nützlich und förderlich), and necessary for the child's equilibrium (seelisch notwendig). The question of whether or not these conditions were satisfied had to be decided from the viewpoint of the child's situation and taking into account all circumstances of the case. In this connection, it was necessary to examine, inter alia, the reasons for which the father wished to have contacts with the child, i.e. whether his motives were emotional or based on other factors. In this context the relationship between the parents had to be taken into account as well.

The Regional Court concluded, in line with the decision appealed against, that the tensions between the parents had negative effects on the child, as was confirmed by the hearings with the child held on 9 November 1992 and 8 December 1993, and that contacts with his father were not therefore in the child's best interest, even less so because these contacts had in fact been interrupted for about two and a half years. It was irrelevant who was responsible for the break-up of life in common. What mattered was that in the present situation contacts with the father would negatively affect the child. This conclusion, in the Regional Court's view, was obvious, which was why there was no necessity of obtaining an

opinion from an expert in psychology. Moreover, Article 1711 § 2 of the Civil Code did not provide for a psychological therapy to prepare a child for contacts with his or her father. The Regional Court finally observed that there was no necessity to hear the parents and the child again since there was no indication that any findings more favourable for the applicant could result from such a hearing.

19. On 19 April 1994 a panel of three judges of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) refused to entertain the applicant's constitutional complaint (Verfassungsbeschwerde).

According to the Federal Constitutional Court, the complaint did not raise any issues of a general character affecting the observance of the Constitution. In particular, the question of whether Article 1711 of the Civil Code was compatible with the right to family life as guaranteed by Article 6 § 2 of the Basic Law (Grundgesetz) did not arise, as the ordinary courts had based the denial of the applicant's request for access rights not only on the ground that such a right would not serve the child's well-being, but also on the much stronger reason that it was incompatible with the child's well-being. Furthermore, the right to a fair hearing was not violated by the fact that the applicant had not been heard personally and that his request to obtain an expert opinion had been rejected.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Legislation on family matters currently in force

20. The statutory provisions on custody and access are to be found in the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch). They have been amended on several occasions and many were repealed by the amended Law on Family Matters (Reform zum Kindschaftsrecht) of 16 December 1997 (Federal Gazette (Bundesgesetzblatt -BGBl) 1997, p. 2942), which came into force on 1 July 1998.

21. Article 1626 § 1 reads as follows (the Court's translation):

"The father and the mother have the right and the duty to exercise parental authority (elterliche Sorge) over a minor child. The parental authority includes the custody (Personensorge) and the care of property (Vermögenssorge) of the child."

22. Pursuant to Article 1626 a § 1, as amended, the parents of a minor child born out of wedlock jointly exercise custody if they make a declaration to that effect (declaration on joint custody) or if they marry. According to Article 1684, as amended, a child is entitled to have access to both parents; each parent is obliged to have contact with, and entitled to have access to, the child. Moreover, the parents must not do anything that would harm the

child's relationship with the other parent or seriously interfere with the child's upbringing. The family courts can determine the scope of the right of access and prescribe more specific rules for its exercise, also with regard to third parties; and they may order the parties to fulfil their obligations towards the child. The family courts can, however, restrict or suspend that right if such a measure is necessary for the child's welfare. A decision restricting or suspending that right for a lengthy period or permanently may only be taken if otherwise the child's well-being would be endangered. The family courts may order that the right of access exercised in the presence of a third party, such as a Youth Office authority or an association.

B. Legislation on family matters in force at the material time

23. Before the entry into force of the amended Law on Family Matters, the relevant provision of the Civil Code concerning custody and access for a child born in wedlock was worded as follows (Court's translation):

Article 1634

"1. A parent not having custody has the right to personal contact with the child. The parent not having custody and the person having custody must not do anything that would harm the child's relationship with others or seriously interfere with the child's upbringing.

2. The family court can determine the scope of that right and can prescribe more specific rules for its exercise, also with regard to third parties; as long as no decision is made, the right, under Article 1632 § 2, of the parent not having custody may be exercised throughout the period of contact. The family court can restrict or suspend that right if such a measure is necessary for the child's welfare.

3. A parent not having custody who has a legitimate interest in obtaining information about the child's personal circumstances may request such information from the person having custody in so far as this is in keeping with the child's interests. The guardianship court shall rule on any dispute over the right to information.

4. Where both parents have custody and are separated not merely temporarily, the foregoing provisions shall apply mutatis mutandis."

24. The relevant provisions of the Civil Code concerning custody of and access to a child born out of wedlock were worded as follows (Court's translation):

Article 1705

"Custody over a minor child born out of wedlock is exercised by the child's mother..."

Article 1711

"1. The person having custody of the child shall determine the father's right of access to the child. Article 1634 § 1, second sentence, applies by analogy.

2. If it is in the child's interests to have personal contact with the father, the guardianship court can decide that the father has a right to personal contact. Article 1634 § 2 applies by analogy. The guardianship court can change its decision at any time.

3. The right to request information about the child's personal circumstances is set out in Article 1634 § 3.

4. Where appropriate, the youth office shall mediate between the father and the person who exercises the right of custody."

C. The Act on Non-Contentious Proceedings

25. Like proceedings in other family matters, proceedings under former Article 1711 § 2 of the Civil Code were governed by the Act on Non-Contentious Proceedings (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit).

26. According to section 12 of that Act, the court shall, ex officio, take the measures of investigation that are necessary to establish the relevant facts and take the evidence that appears appropriate.

27. In proceedings regarding access, the competent youth office has to be heard prior to the decision (section 49(1) (k)).

28. As regards the hearing of parents in custody proceedings, section 50a (1) stipulates that the court shall hear the parents in proceedings concerning custody or the administration of the child's assets. In matters relating to custody, the court shall, as a rule, hear the parents personally. In cases concerning placement into public care, the parents shall always be heard. According to paragraph 2 of section 50a, a parent not having custody shall be heard except where it appears that such a hearing would not contribute to the clarification of the matter.

as to THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

29. The applicant complained that the German court decisions dismissing his request for access to his son, a child born out of wedlock, amounted to a breach of Article 8 of the Convention, the relevant part of which provides:

"1. Everyone has the right to respect for his ... family life ... 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in

accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

A. *Arguments before the Court*

1. *The applicant*

30. *The applicant submitted that he had formed a family with the mother and their common child before his relationship with the mother broke up about one and a half years after the child was born. He considered that this situation was comparable to that of a divorced couple and that, consequently, he should have been granted a right of access to his child like a divorced father. He contended that he had suffered prejudice on account of the relevant regulations of the German law on contacts between fathers and children born out of wedlock, in particular Article 1711 of the Civil Code in force at the material time. This provision was not repealed until the entry into force of the amended Law on Family Matters. According to the applicant, the reasoning of the Federal Constitutional Court was still based on Article 1711 of the Civil Code. He maintained that the attitude of the German courts at that time was responsible for the lack of contact between him and his son since 1991. The German courts allowed the mother to break off the contacts and permitted his son to be influenced by her, with the result that he then refused any contact with his father. Although the applicant could have filed a new application for access to his son after 1 July 1998, years had been lost by that time and with them the opportunity for meaningful contacts between him and his son.*

31. *In addition, owing to the long period of time that had elapsed since the last contact, the child had become alienated from him. Experts had confirmed that this problem could not be solved without specialised psychological support. Such support would be possible and have any prospects of success only with the agreement of the mother, who had the sole custody of the child, and with the co-operation of the latter. However, it was to be expected that the applicant's son, who at present was more than thirteen years old, would reject contacts with his father. As a rule, the decisions of the German courts of appeal attached considerable importance to the will of a child of this age, whose opinion had to be taken into account in proceedings concerning parental access, and they were unlikely to grant the father access to the child against the latter's will.*

32. *In their decisions, both the Mettmann District Court and the Wuppertal Regional Court refused the applicant access to his son on the grounds that the bad relationship between the parents exposed the child to a conflict of loyalty, and that at the two court*

hearings the child called his father "nasty" or "stupid", adding that on no account did he want to see him. At the second hearing, the child, who was then almost six years old, said: "Mummy always says Egbert is not my father. Mummy is afraid of Egbert". According to the applicant, this statement was made under the influence of the mother or one of her close acquaintances and with her approval. Another statement made by the child and recorded by the court showed that the mother had scared the child by running away when meeting the father by coincidence.

33. These statements by the child were, in the applicant's submission, extremely important because they showed that the mother programmed the child against his father, making him a victim of what was called the parental alienation syndrome (PAS). The child therefore totally rejected any contact with his father. If a report had been obtained from a competent family or child psychologist at that time, it could have shown that the child had been influenced or used by the mother against the father. For this reason, the decision of the two courts not to appoint an expert, as requested by him and recommended by the Youth Office, was not only a violation of the father's interests but also of those of the child, since contacts with the other parent were in the child's best medium- and long-term interests.

34. By refusing to allow the father access to his child and by ruling in favour of the mother, who had been given sole custody, the German courts, including the Federal Constitutional Court, violated the State's constitutional duty to protect its citizens against violations of their rights by private individuals. The State must enforce the observance of human rights in its domestic legal order.

35. The results of American research concerning the PAS had been available since 1984 and 1992. They very soon led to a large number of specialised publications and were taken into account by American and Canadian courts in their case-law.

If Germany had been prepared to adopt the results of the research carried out in the United States, where far larger research budgets were available, and to act upon them, the court could, at the time, have reached a different decision, because the judge who questioned the child could have interpreted differently the child's remarks rejecting his father. At the very least, however, the court should have appointed a competent expert familiar with the specific psycho-dynamics of family relations.

36. The applicant concluded that the German authorities violated their duty resulting from Article 8 of the Convention to protect citizens' human rights, in that they had failed, up

to now, to make the results of international research on the PAS known to the German youth authorities and family courts by providing them with suitable training.

2. The Government

37. The Government, referring to the Court's case-law (the *Marckx v. Belgium* judgment of 13 June 1979, Series A no. 30 and the *Keegan v. Ireland* judgment of 26 May 1994, Series A no. 290), admitted that the relationship between the applicant and his son came within the notion of family life under Article 8 § 1. However, in their submission, the statutory regulations on the right of access of fathers to their children born out of wedlock did not, as such, amount to an interference with the rights under that provision. But the Government did concede that the German court decisions in the applicant's case, which were based on this legislation, amounted to an interference with the applicant's right under Article 8 § 1.

38. Having regard to the criteria established in the Court's case-law regarding the positive obligations inherent in an effective respect for family life and regarding the justifications for interference listed in Article 8 § 2 (see the *Marckx v. Belgium* judgment cited above, the *Johnston v. Ireland* judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, and the *Keegan v. Ireland* judgment cited above), the Government maintained that the rules enacted by the German legislator in order to take account of the particular situation of children born out of wedlock fell within the margin of appreciation granted to the Contracting States.

39. The Government considered that the German court decisions in question were in accordance with German law and served to protect the interests of the applicant's child. Moreover, the interference complained of was necessary in a democratic society within the meaning of Article 8 § 2. In this respect, the Government submitted that the child's well-being was the principle guiding the German courts. Thus, the refusal of a right of access which could only be implemented by means of compulsion was proportionate to the aim pursued. The Government pointed out that, in reaching its conclusion, the District Court relied upon its personal impressions after having heard the child. There was no possibility under German law to require the parties to undergo family therapy with a view to creating the conditions for access rights, and it could not be in a child's best interest to impose mediation regarding the conflict between the parents.

3. The Commission

40. Having concluded that in the present case there had been a violation of Article 8 taken in conjunction with Article 14 of the Convention, the Commission did not consider it necessary to decide on the alleged violation of Article 8 taken alone. It did however refer to the arguments advanced in respect of Article 8 taken in conjunction with Article 14, to the effect that the objections voiced by the child's mother seemed to have had a strong impact on the German courts' decisions. The Commission further held that the courts had failed to apply the test of necessity of the interference, i.e. had failed to examine whether refusal of access was necessary in the interest of C.'s welfare. In this respect, it distinguished the present case from those in which the domestic courts had reached the conclusion that the refusal of access was required by the interests of the child after having obtained a detailed report by the social services or statements of doctors. According to the Commission, no reasonable relationship of proportionality existed between the means employed and the aim pursued.

41. Ten dissenting members of the Commission, however, expressed the opinion that there had been no violation of Article 8. In their view, the decisions of the courts showed that the reasons for interfering with the applicant's family life were sufficient and relevant. Moreover, the decision-making process was such as to enable the applicant to be sufficiently involved. In this regard, they noted that the applicant could be in contact with a mediator of the Erkrath Youth Office, was heard by the District Court and could file an appeal with the Regional Court.

42. Two other dissenting members of the Commission expressed the opinion that the combination of the refusal to order an independent psychological report or to provide details on the basis of the District Court's evaluation and the applicant's inability to present arguments advocating such a report or evaluation at a hearing before the Regional Court had a particularly adverse effect on his interests because access to the child had originally been denied by reason of the mother's objections, which she had communicated to the child. In these circumstances, the applicant was not involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide him with the requisite protection of his interests. The two dissenting members thus concluded that there had been a violation of Article 8.

B. The Court's assessment

1. Whether there was an interference with the applicant's right to respect for his family life under Article 8 of the Convention

43. *The Court recalls that the notion of family under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and his parents a bond amounting to family life (see the Keegan v. Ireland judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, pp. 18-19, § 44). The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention (see, amongst others, the Johansen v. Norway judgment of 7 August 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, pp. 1001-1002, § 52, and the Bronda v. Italy judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1489, § 51).*

44. *The Court notes that the applicant lived with his son from his birth in December 1986 to June 1988, when the mother left with both children, that is, for about one and a half years. He continued to see his son frequently until July 1991. The subsequent decisions refusing the applicant access to his son therefore interfered with the exercise of his right to respect for his family life as guaranteed by paragraph 1 of Article 8 of the Convention. In these circumstances, the Court considers that there is no need to examine whether or not Article 1711 of the Civil Code as such constituted an interference with the applicant's right to respect for his family life.*

45. *The interference mentioned in the preceding paragraph constitutes a violation of Article 8 unless it is "in accordance with the law", pursues an aim or aims that are legitimate under paragraph 2 of this provision and can be regarded as "necessary in a democratic society".*

2. *Whether the interference was justified*

a. *"In accordance with the law"*

46. *It was undisputed before the Court that the relevant decisions had a basis in national law, namely, Article 1711 § 2 of the Civil Code as in force at the relevant time.*

b. *Legitimate aim*

47. *In the Court's view the court decisions of which the applicant complained were clearly aimed at protecting the "health or morals" and the "rights and freedoms" of the child. Accordingly they pursued legitimate aims within the meaning of paragraph 2 of Article 8.*

c. *"Necessary in a democratic society"*

48. *In determining whether the impugned measure was "necessary in a democratic society", the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify this measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 of the Convention. Undoubtedly, consideration of what lies in the best interest of the child is of crucial importance in every case of this kind. Moreover, it must be borne in mind that the national authorities have the benefit of direct contact with all the persons concerned. It follows from these considerations that the Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities regarding custody and access issues, but rather to review, in the light of the Convention, the decisions taken by those authorities in the exercise of their power of appreciation (see the *Hokkanen v. Finland* judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55, and, mutatis mutandis, the above-mentioned *Bronda v. Italy* judgment, p. 1491, § 59).*

49. *The margin of appreciation to be accorded to the competent national authorities will vary in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake. Thus, the Court recognises that the authorities enjoy a wide margin of appreciation, in particular when assessing the necessity of taking a child into care. However, a stricter scrutiny is called for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights of access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child would be effectively curtailed (the above-mentioned *Johansen* judgment, p. 1003, § 64, *K. and T. v. Finland*, no. 35394/97, § 135, ECHR 2000-...).*

50. *The Court further recalls that a fair balance must be struck between the interests of the child and those of the parent (see, for example, the *Olsson v. Sweden* judgment (no. 2) of 27 November 1992, Series A no. 250, pp. 35-36, § 90) and that in doing so particular importance must be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development (see the *Johansen v. Norway* judgment cited above, p. 1008, § 78).*

51. *In the present case the Court notes that the competent national courts, when refusing the applicant's request for a visiting arrangement, relied on the statements made by the child, questioned by the District Court at the age of about five and six years*

respectively, took into account the strained relations between the parents, considering that it did not matter who was responsible for the tensions, and found that any further contact would negatively affect the child.

52. The Court does not doubt that these reasons were relevant. However, it must be determined whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the importance of the decisions to be taken, the applicant has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide him with the requisite protection of his interests (see the *W. v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, p. 29, § 64). It recalls that in the present case the District Court considered it unnecessary to obtain an expert opinion on the ground that the facts had been clearly and completely established for the purposes of Article 1711 of the Civil Code (see paragraph 16 above). In this connexion, the District Court referred to the strained relations between the parents and in particular to the mother's objections to the applicant which she imparted to the child. The Court considers that the reasons given by the District Court are insufficient to explain why, in the particular circumstances of the case, expert advice was not considered necessary, as recommended by the Erkrath Youth Office. Moreover, taking into account the importance of the subject-matter, namely, the relations between a father and his child, the Regional Court should not have been satisfied, in the circumstances, by relying on the file and the written appeal submissions without having at its disposal psychological expert evidence in order to evaluate the child's statements. The Court notes in this context that the applicant, in his appeal, challenged the findings of the District Court and requested that an expert opinion be prepared to explore the true wishes of his child and to solve the question of access accordingly, and that the Regional Court had full power to review all issues relating to the request for access.

53. The combination of the refusal to order an independent psychological report and the absence of a hearing before the Regional Court reveals, in the Court's opinion, an insufficient involvement of the applicant in the decision-making process. The Court thus concludes that the national authorities overstepped their margin of appreciation, thereby violating the applicant's rights under Article 8 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION, TAKEN TOGETHER WITH ARTICLE 8

54. *The applicant further complained that he had been a victim of discriminatory treatment in breach of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8. Article 14 provides:*

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

55. *In the applicant's submission, Article 1711 of the Civil Code on contacts between a father and his child born out of wedlock discriminated against the father when confronted with the provisions of Article 1634 of the Civil Code relating to contacts between a father and his legitimate child.*

56. *The Government maintained that neither the statutory regulations on the right of access to children born out of wedlock in themselves, nor their application in the particular case, discriminated against the applicant in the enjoyment of his right to respect for his family life.*

57. *The Government recalled the Commission's earlier decisions according to which the provisions of Article 1711 of the Civil Code did not entail any discrimination contrary to Article 14 (application no. 9588/81, decision of 15 March 1984; application no. 9530/81, decision of 14 May 1984, both unpublished). The considerations that fathers of children born out of wedlock often were not interested in contacts with their children and might leave a non-marital family at any time, and that it was normally in the child's interest to entrust the mother with custody and access, still applied, even if the number of non-marital families had increased. Article 1711 § 2 of the Civil Code struck a reasonable balance between the competing interests involved in all these cases. In this context, the Government observed that the amended Law on Family Matters did not alter this assessment. Moreover, in the applicant's case, the courts considered that granting the father a right of access was not in his son's interest and that his situation was, therefore, comparable to that of a divorced father.*

58. *The Commission held that the submissions of the respondent Government regarding the distinction between married and unmarried fathers underlying Article 1711 § 2 of the Civil Code failed sufficiently to justify a refusal of access. In the Commission's view, the applicant, when seeking access to his child, was in a situation comparable to that of a parent who, following divorce, was not exercising the right of custody. However, while under*

the German legislation the divorced parent was entitled to access unless such access was contrary to the child's well-being, the natural father was only entitled to access if such access was in the interest of the child. The Commission concluded that in the present case there had been a violation of Article 8 taken in conjunction with Article 14 of the Convention.

59. The Court does not find it necessary to consider whether the former German legislation as such, namely, Article 1711 § 2 of the Civil Code, made an unjustifiable distinction between fathers of children born out of wedlock and divorced fathers, such as to be discriminatory within the meaning of Article 14, since the application of this provision in the present case does not appear to have led to a different approach than would have ensued in the case of a divorced couple.

60. The Court notes that the District Court's reasoning of 17 December 1993, after hearing the child and both parents, was clearly based on the danger to the child's development if he had to take up contact with the applicant contrary to the will of the mother. The risk to the child's welfare was thus the paramount consideration. The Regional Court, on appeal, equally based its decision of 21 January 1994 on the finding that contacts would negatively affect the child. In the Court's view, the applicant has not shown that, in a similar situation, a divorced father would have been treated more favourably. Finally, the Federal Constitutional Court confirmed that the ordinary courts had applied the same test as would have been applied to a divorced father.

61. Consequently, it cannot be said on the facts of the present case that a divorced father would have been treated more favourably. There has accordingly been no violation of Article 14 in conjunction with Article 8.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

62. The applicant alleged that he had been the victim of a violation of Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which reads:

"In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law."

63. The applicant contended that the refusal to order an expert opinion and the absence of a hearing before the Regional Court deprived him of the opportunity of showing that the denial of access was contrary to his son's interests.

64. The Government submitted that the applicant had been heard at first instance and that it was sufficient for the purposes of Article 6 § 1 that the Regional Court took cognisance of his written appeal submissions. Moreover, the courts had a discretionary

power to assess what evidence offered by the parties to civil proceedings was crucial for a decision. In the present case, there were no special circumstances which would have warranted an expert opinion to clarify the question of whether the applicant's access to C. was in the interest of the child. Furthermore, taking into account the fact that the District Court had questioned C. only one month prior to the Regional Court's decision and that the file contained a detailed note on this hearing, the Regional Court was not required to hear C. again.

65. The Commission considered that the proceedings before the Mettmann District Court and the Wuppertal Regional Court, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair and public hearing, having regard to the lack of psychological expert evidence and the fact that the Regional Court did not conduct a further hearing.

66. The Court recalls that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and that, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court's task under the Convention is rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see, *mutatis mutandis*, the *Schenk v. Switzerland* judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45 and 46, and the *H. v. France* judgment of 24 October 1989, Series A no. 162, p. 23, §§ 60-61).

The Court, having regard to its findings with respect to Article 8 (see paragraphs 52-53 above), considers that in the present case, because of the lack of psychological expert evidence and the circumstance that the Regional Court did not conduct a further hearing although, in the Court's view, the applicant's appeal raised questions of fact and law which could not adequately be resolved on the basis of the written material at the disposal of the Regional Court, the proceedings, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair and public hearing within the meaning of Article 6 § 1. There has thus been a breach of this provision.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

67. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

68. *The applicant sought 90,000 German marks (DEM) in compensation for non-pecuniary damage, attributable to the anxiety and distress he had felt as a result of the denial of contact with his son since 1991. He pointed out that the loss of a child could not in any way be measured in terms of money. However, he had found it very difficult to live with the fact that he had been prevented, first by the mother and then by the judicial and youth authorities, to play a role of responsibility as his son's father and to support him whenever necessary. As he found it difficult to have lived these years of suffering, and in order to cope with this situation, he had had to seek psychological help.*

69. *The Government did not comment.*

70. *The Court finds it impossible to assert that the relevant decisions would have been different if the violation of the Convention had not occurred. Nevertheless, the Court feels unable to conclude that no practical benefit could have accrued to the applicant in that case. Whilst the applicant was the victim of procedural defects, these were all intimately related to the interference with one of the most fundamental rights, namely, that of respect for family life. It cannot, in the Court's opinion, be excluded that if the applicant had been more involved in the decision-making process, he might have obtained some degree of satisfaction and this could have changed his future relationship with the child. In this respect he may therefore have suffered some real loss of opportunities warranting monetary compensation. In addition, the applicant certainly suffered non-pecuniary damage through anxiety and distress.*

71. *The Court thus concludes that the applicant suffered some non-pecuniary damage which is not sufficiently compensated by the finding of a violation of the Convention. None of the factors cited above lends itself to precise quantification. Making an assessment on an equitable basis, as required by Article 41, the Court awards the applicant DEM 35,000.*

B. Costs and expenses

72. *The applicant further claimed DEM 12,584.26 for costs and expenses before the German courts and the organs of the Convention (of which DEM 10,049.45 is claimed for the latter proceedings).*

73. *If the Court finds that there has been a violation of the Convention, it may award the applicant not only the costs and expenses incurred before the organs of the Convention, but also those incurred before the national courts for the prevention or redress of the violation (see, in particular, the Hertel v. Switzerland judgment of 25 August 1998, Reports*

1998-VI, p. 2334, § 63). In the instant case, having regard to the subject-matter of the proceedings before the German courts and what was at stake in them, the applicant is entitled to request payment of the costs and expenses incurred before these courts in addition to the costs and expenses of the proceedings before the Commission and the Court. The Court finds that the costs and expenses are shown to have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum (see, among other authorities, the *Immobiliare Saffi v. Italy* judgment of 28 July 1999, § 79, to be published in the Court's official reports).

Under the circumstances, the Court considers it appropriate to award the applicant DEM 12,584.26, as requested.

C. Default interest

74. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Germany at the date of adoption of the present judgment is 4% per annum.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Holds by thirteen votes to four that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

2. Holds unanimously that there has been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention;

3. Holds by thirteen votes to four that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;

4. Holds unanimously

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, together with any value-added tax that may be chargeable:

(i) 35,000 (thirty five thousand) German marks in respect of non-pecuniary damage;

(ii) 12,584 (twelve thousand five hundred and eighty four) German marks and 26 (twenty six) pfennigs in respect of costs and expenses;

(b) that simple interest at an annual rate of 4% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

5. Dismisses unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and notified in writing on 13 July 2000, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Luzius Wildhaber

President

Maud de Boer-Buquicchio,

Deputy Registrar

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following partly dissenting opinion of Mr A.B. Baka joined by Mrs E. Palm, MM. J. Hedigan and E. Levits is annexed to this judgment.

L.W.

M.B.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE BAKA JOINED BY JUDGES PALM, HEDIGAN and levits

I am unable to subscribe to the opinion of the majority of the Court that there has been a violation of Article 8 taken alone and Article 6 § 1. I agree however that there has been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention.

As to the section which deals with the interpretation of Article 8 I agree with the majority that the relevant decisions of the national courts were in accordance with the law and that they served a legitimate aim, namely protecting the interests of the child, within the meaning of paragraph 2 of Article 8. I however disagree with the majority's opinion that "the refusal to order an independent psychological report and the absence of a hearing before the Regional Court" amounts to "an insufficient involvement of the applicant in the decision-making process, consequently the national authorities overstepped their margin of appreciation" under Article 8.

The Court has constantly emphasised that the national authorities are better placed to evaluate the evidence adduced before them (see among other authorities the Winterwerp v. the Netherlands judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 18, § 40). It has also pointed out that "as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce." (Vidal v. Belgium judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B, pp 32, § 33).

This constant case-law and the whole logic of the system established by the Convention impose reasonable limits on the scope of control over the national courts' fact finding and assessment of evidence by the European Court. In this respect the domestic courts – rightly – should enjoy a wide margin of appreciation. It is true that this margin of appreciation is not unlimited and ultimately subject to stricter scrutiny but this international supervision could not go as far as reassessing national level evidence in a larger number of cases.

The margin of appreciation left for the national courts is even broader in cases like the present one which concerns primarily the interests of the child's well-being. In this case I am satisfied with the fact that the District Court, after having heard the parents and the child first on 4 and 9 November 1992 and subsequently on 8 and 15 December 1993, dismissed the applicant's renewed request to be granted access rights. After the oral hearings and the two lengthy interviews with the child only this court had the benefit of direct contact with the members of the family and was able to clarify fully the strained relationship between the parents and to decide according to the best interests of the child. After this careful examination only this court was in a position to say that it was clearly unnecessary in the particular circumstances of the case to accept the recommendation of the Erkrath Youth Office to obtain psychological expert opinion on the question of access rights. The opposite decision would have been not only unjustified but it could also have caused additional unnecessary stress to the child.

I am also of the opinion that the decision of the Regional Court not to conduct a further oral hearing and to decide on the basis of the written material was in the circumstances a reasonable and acceptable decision. It is very hard to believe that less than two months after the first instance oral hearings and interviews the Regional Court would have obtained any further benefit from a repeated oral hearing on that level. The Regional Court explained the reasons for its decision. Moreover, the Court has held on a number of occasions that "provided that there has been a public hearing at the first instance, the absence of public hearings at a second and the third instances may be justified by the special features of the proceedings at issue" (Monnel and Morris v. United Kingdom judgment of 2 March 1987, Series A no. 115, p.22, § 58).

On the basis of the above considerations I hold that the national authorities did not overstep their margin of appreciation under Article 8 and there has been no procedural violation in the present case. Consequently, I find no violation of Article 8 and Article 6 § 1 of the Convention.

ANEXO B

LISTA DE SIGLAS

ABCF	Associação Brasileira da Criança Feliz
APA	<i>America Psychiatric Association</i>
APASE	Associação de Pais e Mães Separados
Art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil
CCP	Coordenação de Comissões Permanentes
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CDH	Comissão de Direitos Humanos
CEVAT	Centro de Visitas Assistidas do Tribunal de Justiça
CF	Constituição Federal
CID	Código Internacional de Doenças
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DSM	<i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders</i>
EC	Emenda Constitucional
EU	União Europeia
EUA	Estados Unidos da América
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IML	Instituto Médico Legal
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SAP	Síndrome da Alienação Parental
STF	Superior Tribunal de Justiça
STJ	Supremo Tribunal Federal
TJERJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
v.u.	votação unânime

ANEXO C

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010 do Conselho Nacional de Justiça
Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar

disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

Capítulo I

Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados:

I - centralização das estruturas judiciárias;

II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III - acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Capítulo II

Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.

Capítulo III

Das Atribuições dos Tribunais

Seção I

Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

- I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;
- II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;
- III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;
- IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;
- V – incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;
- VI – propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

§ 1º A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Capítulo III, Seção II.

§ 3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

§ 4º Na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, os Tribunais deverão criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores.

Seção II

Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros poderão ser instalados nos locais onde exista mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das competências referidas no caput e, obrigatoriamente, serão instalados a partir de 5 (cinco) unidades jurisdicionais.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em locais diversos, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, e instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem 2 (dois) ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

§ 6º Os Centros poderão ser organizados por áreas temáticas, como centros de conciliação de juizados especiais, família, precatórios e empresarial, dentre outros, juntamente com serviços de cidadania.

§ 7º O coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo.

§ 8º Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em razão da solicitação estabelecida no parágrafo anterior reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, senecessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 10. Os Centros deverão obrigatoriamente abranger setor de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania.

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Seção III

Dos Conciliadores e Mediadores

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato

(Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático, com número de exercícios simulados e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo II).

Seção IV

Dos Dados Estatísticos

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Portal da Conciliação.

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

Capítulo IV

Do Portal da Conciliação

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:

- I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;
- II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro;
- III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;
- IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;
- V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;
- VI – relatórios de atividades da "Semana da Conciliação".

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

Disposições Finais

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato.

Parágrafo único. Em relação aos Núcleos e Centros, os Tribunais poderão utilizar siglas e denominações distintas das referidas nesta Resolução, desde que mantidas as suas atribuições previstas no Capítulo III.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante.

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Cezar Peluso Presidente

ANEXO I

DOS CURSOS DE CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Considerando que a política pública de formação de instrutores em mediação e conciliação do Conselho Nacional de Justiça tem destacado entre seus princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, desenvolveu-se inicialmente conteúdo programático mínimo a ser seguido pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores. Todavia, constatou-se que os referidos conteúdos programáticos estavam sendo implantados sem os exercícios simulados e estágios supervisionados necessários à formação de mediadores e conciliadores. Para esse fim mostrou-se necessário alterar o conteúdo programático para recomendar-se a adoção de cursos nos moldes dos conteúdos programáticos aprovados pelo Comitê Gestor do Movimento pela Conciliação. Destarte, os treinamentos referentes a Políticas Públicas de Resolução de Disputas (ou introdução aos meios adequados de solução de conflitos), Conciliação e Mediação devem seguir as diretrizes indicadas no Portal da Conciliação, com sugestões de slides e exemplos de exercícios simulados a serem utilizados nas capacitações, devidamente aprovados pelo Comitê Gestor da Conciliação.

Os referidos treinamentos somente poderão ser conduzidos por instrutores certificados e autorizados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

ANEXO III

CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta. Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Das responsabilidades e sanções do conciliador/mediador

Art. 3º Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos Tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no cadastro.

Art. 4º O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitar os princípios e regras deste Código, assinar, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submeter-se às orientações do Juiz Coordenador da unidade a que esteja vinculado.

Art. 5º Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e a substituição daqueles.

Art. 6º No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição.

Art. 7º O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Parágrafo único - Qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador/mediador poderá representar ao Juiz Coordenador a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.