

**Ministério da Educação  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito**

**MONALIZA COSTA DE SOUZA**

**PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS  
ADOLESCENTES FRENTE A ALIENAÇÃO  
PARENTAL: ANÁLISE A PARTIR DA ÓTICA DA  
LEI Nº 12.318 DE 26 DE AGOSTO DE 2010**

**Porto Alegre  
2013**

**MONALIZA COSTA DE SOUZA**

**PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS  
ADOLESCENTES FRENTE A ALIENAÇÃO  
PARENTAL: ANÁLISE A PARTIR DA ÓTICA DA  
LEI Nº 12.318 DE 26 DE AGOSTO DE 2010**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha.

**Porto Alegre  
2013**

MONALIZA COSTA DE SOUZA

**PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS  
ADOLESCENTES FRENTE A ALIENAÇÃO  
PARENTAL: ANÁLISE A PARTIR DA ÓTICA DA  
LEI Nº 12.318 DE 26 DE AGOSTO DE 2010**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha.

Porto Alegre, 19 de setembro de 2013.

Banca Examinadora

---

**Dr. Carlos Silveira Noronha**

*Professor – orientador*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

**Dra. Maria Cláudia Crespo Brauner**

*Professora*

Universidade Federal de Rio Grande

---

**Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella**

*Professora*

Universidade do Oeste de Santa Catarina

---

**Dr. Sérgio Viana Severo**

*Professor*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**Conceito A**

Dedico esta reflexão aos meus pais, Roosevelt Oliveira de Souza e Nivalva Maria Costa de Souza, pela educação e o carinho que me proporcionaram, o ambiente de amor e respeito, e a sabedoria na constituição de uma família harmônica, democrática e feliz. A sua inspiração tem sido motivo para que possa difundir os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, ao mesmo tempo em que também reforça os direitos e deveres dos seus pais e responsáveis. Dedico, também, ao Natan com quem aprendo a cada dia como é construir uma família, e que me incentivou desde o momento em que pensei em iniciar esse projeto.

Agradeço a todos aqueles que acreditaram em mim e me apoiaram dentro das suas possibilidades. Ao Natan Bueno Ungethuen por ouvir meus discursos sobre a família e suas nuances. À professora Ms. Liane Maria Busnelo Thomé, por ter me ensinado tanto sobre o Direito de Família, e me incentivado no processo de ingresso no mestrado. À professora Letícia Ferrarini pelas bibliografias sugeridas. Ao professor Dr. Carlos Silveira Noronha, por ter visto potencial no tema escolhido e por ter me oportunizado essa grande experiência. Ao professor Dr. Sérgio Severo, pelas fundamentais impressões passadas na qualificação. À professora Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella, pela grande contribuição no processo de elaboração deste estudo, e pelo carinho dispensado. À minha amiga, mestre e doutoranda Carla Albert pelas dicas e valiosas opiniões. Enfim, a todos aqueles que de algum modo contribuíram para que esse trabalho pudesse tomar forma.

“Contudo, contudo,  
Também houve gládios e flâmulas de cores  
Na Primavera do que sonhei de mim.  
Também a esperança  
Orvalhou os campos da minha visão  
involuntária,  
Também tive quem também me sorrisse.  
Hoje estou como se esse tivesse sido outro.  
Quem fui não me lembra senão como uma  
história apensa.  
Quem serei não me interessa, como o futuro  
do mundo.

Caí pela escada abaixo subitamente,  
E até o som de cair era a gargalhada da queda.  
Cada degrau era a testemunha importuna e  
dura  
Do ridículo que fiz de mim.

Pobre do que perdeu o lugar oferecido por não  
ter casaco limpo com que aparecesse,  
Mas pobre também do que, sendo rico e nobre,  
Perdeu o lugar do amor por não ter casaco  
bom dentro do desejo.  
Sou imparcial como a neve.  
Nunca preferi o pobre ao rico,  
Como, em mim, nunca preferi nada a nada.

Vi sempre o mundo independentemente de  
mim.  
Por trás disso estavam as minhas sensações  
vivíssimas,  
Mas isso era outro mundo.  
Contudo a minha mágoa nunca me fez ver  
negro o que era cor de laranja.  
Acima de tudo o mundo externo!  
**Eu que me aguento comigo e com os  
comigos de mim.** (“Contudo” de Álvaro de  
Campos, heterônimo de Fernando Pessoa)

## Resumo

A Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a discussão ampliada das questões que envolvem a alienação parental, que já estavam sendo objeto de estudo por parte da doutrina e da jurisprudência nacional. A alienação parental caracteriza-se quando geralmente um genitor, ou alguém que tenha autoridade sobre a criança e o adolescente a influencia de forma negativa e constante com o intuito de afastá-la de um adulto ou de uma parcela da família. O surgimento da pessoa como sujeito de direitos é uma categoria jurídica recente na história da humanidade, e, ainda mais recente, é o reconhecimento da criança e do adolescente nessa posição e com tutela prioritária. A percepção de grupo familiar se modifica ao ser estudada ao longo do tempo e do espaço em razão de dados culturais que tornam os grupos singulares e merecedores de um olhar específico e atento às suas especificidades. As famílias reconhecidas desde as suas origens como o núcleo básico da sociedade passaram a representar um núcleo fundado não apenas em elementos econômicos e de reprodução mas ancorados na afetividade existente entre seus membros. O cerne é o ser, como indivíduo único e singular de direitos e obrigações. A afetividade foi alçada a objeto de reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Antes se falava em pátrio poder, hoje em poder familiar, numa nova perspectiva, de poder-dever, consubstanciado na *auctoritas*, que quer dizer “fazer crescer” (na expressão latina), e não no sentido vulgar que destaca apenas o lado obscuro da palavra na compreensão de autoritarismo. A pesquisa desenvolvida na presente dissertação tem como objetivo esclarecer quando e como ocorre a alienação parental, e quais são as formas de evitá-la e proteger as crianças e os adolescentes, e todos os que formam as diferentes famílias. Identificar a ocorrência da alienação parental é o primeiro passo na perspectiva teórica, para que ele não ocorra nos casos concretos. Fundado na perspectiva preventiva se pretende traçar a conceituação da família e suas posturas no âmbito do Direito brasileiro, sob o manto da Constituição Federal de 1988 e seus princípios: da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar e da paternidade responsável; sob a perspectiva do Código Civil de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei da Alienação Parental.

Palavras-chave: *Alienação Parental. Direitos da Criança e do Adolescente. Garantias.*

## Abstract

Law n. 12,318 (August 26th, 2010) brought to Brazilian legislation an expanded discussion about issues involving parental alienation, which were, and it is already being, object of study by the doctrine and national jurisprudence. Parental alienation is the negative influence constantly made to a child or adolescent by an adult with the objective to keep them away from another adult, usually a parent or someone who has authority over them. The new position of children and adolescent as subjects of rights, priority protect, is relatively recent in the humanity history. The perception of the family group is modified while it is being studied over time and space, because of cultural data, that makes groups and individuals deserve a special attention. Families recognized from its origins as nucleus of society came to represent a core based not only on economic elements and procreation but anchored in the affection between their members. The core is the human as unique and singular individual with rights and obligations. The affectivity was raised as object of recognition by the legal system. People used to talk in paternal power, today they talk in family power, in a new perspective between power and obligation, embodied in *auctoritas*, which means "to make grow" (the Latin term), and not in vulgar sense that only highlights the dark side of the word, meaning authoritarianism. The research developed in this dissertation aims to explain when and how parental alienation occurs, and what are the ways to prevent it and protect children and adolescents, and everybody who form the different families. Identify the occurrence of parental alienation is the first step in the theoretical perspective, to avoid it in specific cases. Founded in preventive perspective that is intended to draw the conceptualization of the family and their postures under Brazilian law, under the cloak of 1988 Constitution and its principles: the dignity of the human person, the best interests of the child and adolescent, the family and responsible parenthood; from the perspective of the Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents, and the Law of Parental Alienation.

*Keywords: Parental Alienation. Rights of Children and Adolescents. Garantees.*



## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

AASP – Associação dos Advogados de São Paulo  
ABCF – Associação Brasileira Criança Feliz  
AP – Alienação Parental  
APASE – Associação de Pais e Mães Separados  
Art. – Artigo  
CC – Código Civil  
CF – Constituição Federal  
CFP – Conselho Federal de Psicologia  
CP – Código Penal  
CPC – Código de Processo Civil  
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente  
IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família  
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
Inc. – Inciso  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
ONG – Organização Não Governamental  
ONU – Organização das Nações Unidas  
SAP – Síndrome de Alienação Parental  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

## Sumário

Introdução.....	11
1 AS FAMÍLIAS E OS DIREITOS.....	14
1.1 A família romana.....	17
1.2 As transformações das famílias quanto ao seu papel.....	20
1.3 Os filhos na história.....	21
1.4 O Direito das Famílias.....	27
1.4.1 As Famílias nas Constituições Federais Brasileiras.....	28
1.4.2 Princípios de Direito das Famílias.....	30
1.4.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	32
1.4.2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	35
1.4.2.3 Princípio da Convivência Familiar.....	39
1.4.2.4 Princípio da Paternidade Responsável.....	40
2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	42
2.1 Poder Familiar.....	44
2.1.1 O poder familiar no Direito das Famílias atual.....	45
2.2 Guarda.....	52
2.2.1 Direitos e deveres advindos da guarda.....	55
2.2.2 Evolução legislativa.....	56
2.2.3 Tipos de Guarda.....	59
2.2.3.1 Guarda Exclusiva ou Unilateral.....	60
2.2.3.2 Guarda Compartilhada.....	62
2.2.4 Determinação judicial: requisitos de avaliação do juiz para decisão ou alteração da guarda.....	67
2.3 Direito a Convivência (Direito de Visita).....	73
3 A ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL.....	78
3.1 Origem e Conceito da Alienação Parental no Brasil.....	81
3.1.1 Conceito de Alienação Parental.....	85
3.2 Quem sofre e quem comete.....	88

3.2.1 O alienador.....	92
3.2.2 O alienado.....	96
3.2.3 As crianças e os adolescentes alienados.....	97
3.3 Causas e Consequências.....	100
3.4 A identificação da Alienação Parental.....	102
3.5 As respostas legais a quem comete alienação – procedimento e consequências.....	108
3.6 Vetos à Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010.....	112
4 AS GARANTIAS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES FRENTE A ALIENAÇÃO PARENTAL.....	118
4.1 Constituição Federal brasileira.....	120
4.2 Estatuto da Criança e do Adolescente.....	122
4.3 Lei da Alienação Parental no Brasil.....	126
4.4 Precedentes Jurisprudenciais.....	128
4.4.1 Supremo Tribunal Federal.....	130
4.4.2 Superior Tribunal de Justiça.....	131
Conclusão.....	137
Referências.....	140

## **Introdução**

Não é novidade quando os doutrinadores do Direito iniciam seus discursos falando sobre a modificação da família ao longo dos tempos. As transformações são inerentes à condição humana, e com o passar dos tempos a sociedade vai incorporando à sua cultura traços que, embora sempre existentes, foram sendo afluídos pelas necessidades e direitos adquiridos, e pelo movimento do comportamento social. Isso quer dizer que, exceto pelo desenvolvimento tecnológico como desencadeador de outros tantos comportamentos, em sua essência, muitos fatos que hoje têm sido preocupação do Direito já ocorriam, embora velados. É o caso da Alienação Parental, um fenômeno antigo que se tornou visível, principalmente, com a conquista pelos pais (homens) de um novo espaço dentro da família moderna: mais presente na vida dos filhos, e menos provedor, em função da equivalência de papéis entre eles e as mulheres. Além disso, conviver em família, com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, já não é mais algo comum mas um direito fundamental reconhecido e passível de proteção.

A alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente, é resultado do descumprimento do poder familiar e do preceito constitucional da convivência familiar. Marcada pela atuação de um indivíduo que objetiva desconstituir o outro, no geral os pais (ou genitores), diante da criança e do adolescente, com o fim de afastá-los física e emocionalmente, de forma consciente ou não.

Nessa ótica, a base da legislação brasileira é calcada nos direitos fundamentais, e estabelece garantias às crianças e aos adolescentes, além dos direitos e obrigações relativos ao poder familiar. Em que pese não identificada de pronto a alienação parental já existia na sociedade há alguns anos sem que tenha recebido a pertinente identificação.

No Brasil o magistrado paulistano vítima de alienação parental, Elizio Luiz Perez, propôs a Lei que recebeu o número 12.318, publicada em 26 de agosto de 2010, introduzindo no sistema jurídico nacional os contornos da alienação parental, numa lei de apenas onze artigos, almejando garantir às crianças e aos adolescentes um desenvolvimento pleno e livre da tortura psíquica desenvolvida nos casos onde se enquadra a ocorrência do comportamento abusivo do poder familiar. Embora antes do seu surgimento a jurisprudência já tenha julgado casos concretos reconhecendo a sua existência, assim como artigos doutrinários já chamavam a atenção para sua incidência.

Ao longo da dissertação se pretende responder as seguintes proposições: Quais as garantias das crianças e dos adolescentes frente a alienação parental antes e depois da Lei nº 12.318/2010? Houve alguma alteração no tocante às garantias e à proteção das vítimas? Há conhecimento da comunidade não jurídica da existência da alienação parental? Quais os meios de comunicação que divulgam as novas leis? Onde estariam os limites do poder familiar? E, por fim, compreender quais os objetivos da Lei da Alienação Parental e em que medida a mesma pode ser melhorada.

Reunidas as ponderações acima apontadas serão desenvolvidas as questões atinentes à família e aos seus direitos, o sistema protetivo da criança e do adolescente no Código Civil, a alienação parental, e por último far-se-á um paralelo entre a legislação e as garantias das crianças e adolescentes diante da alienação parental.

Na construção desta pesquisa, de acordo com os temas acima enumerados, utilizar-se-á doutrinas nacionais, e os doutrinadores estrangeiros serão incorporados na medida de sua pertinência. Ter-se-á por base autores dos mais diversos, principalmente brasileiros, a fim de realizar uma análise objetiva e clara, dentro da realidade vivida nos dias de hoje pelas famílias brasileira, permitindo-se fazer um relato breve sobre a família e os filhos na antiguidade.

A doutrina estrangeira utilizada não será substancial mas complementará um raciocínio que objetiva esclarecer ao mundo jurídico, e demais interessados, a respeito de questão importante à qualidade da família e da vida dos cidadãos do mundo moderno, porque, mesmo baseada nas relações e legislações brasileiras, a avaliação do tema pode ser útil a outros países, observadas as suas peculiaridades.

Se as respostas aqui encontradas puderem se aplicar à vida prática e auxiliar os profissionais do Direito a cada dia mais proteger os cidadãos das mazelas da vida, inevitáveis em sua origem, mas irreparáveis em seus prejuízos enquanto mal conduzidas, então se terá alcançado o objetivo maior desta pesquisa científica: sair do papel e atuar na viabilização do bem-estar social.

Para isso, a metodologia adotada compreende recursos como livros, artigos, legislação, julgados, e recursos disponíveis na Internet. Será utilizado o método dedutivo, por meio do qual são esclarecidos, a princípio, os temas mais gerais, para, então, alcançar os mais específicos, de modo a desenvolver cada ponto-chave que ao final tem por objetivo responder às questões acima propostas.

A dissertação tem por objetivo, também, alcançar a melhor compreensão a respeito

dos direitos da criança e do adolescente frente a Alienação Parental, assim como os direitos e deveres advindos do poder familiar, capazes de contribuir para que menos crianças e adolescentes sofram, e possam conviver com seus pais e pessoas que lhes sejam referência de maneira mais saudável.

Finalmente, definiu-se para a redação da dissertação uma estrutura bastante simples, já que o tema estudado por si só é bastante complexo. Na primeira parte apresenta-se as famílias e os direitos, na segunda parte a proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, na terceira a alienação parental no Brasil, e na quarta as garantias das crianças e dos adolescentes frente a alienação parental.

# 1 AS FAMÍLIAS E OS DIREITOS

Para conceituar a família é preciso ter como referência seu contexto histórico, e a área ou ramo em que se quer mencioná-la, seja na Biologia, na Sociologia ou no Direito, bem como em qualquer área de estudo, e mesmo em suas subdivisões, a família pode se caracterizar por vários aspectos. Pode-se dizer que a família é um fato, e o que se modificam são as suas leituras. Ainda assim, o importante não é estabelecer um conceito que a engesse, mas compreender a sua dinâmica social, que revelará seus membros e os papéis de cada um, a finalidade com que foi constituída e a condução de suas peculiaridades dentro do mundo jurídico. Entender esses aspectos, mesmo sem esgotá-los, ter uma noção histórica, é fundamental para o estudo que se propõe, pois é nas bases históricas da família que se inicia a compreensão das garantias da criança e do adolescente, a proteção conferida pelo Estado a eles, e a função dos pais e familiares dentro dessa esfera protetiva.

Vivendo sob o mesmo teto ou não, independente do grau de intimidade nas suas relações, não há um conceito único e determinado de família. Segundo Luiz Edson Fachin<sup>1</sup> a crise da família contemporânea por ele é retratada assim:

O paradigma familiar clássico que aponta na modernidade é protótipo monolítico e autoritário, hierarquizado e transpessoal, no qual a norma jurídica resta servindo de instrumento para inferiorização de determinados sujeitos e a exclusão de outros. Esse regime de exclusão propicia que as relações interprivadas sejam tabuladas por um padrão social de interesses dominantes.

É possível estabelecer dois conceitos básicos que ao longo dos tempos foram uma constante nas sociedades: um amplo, pelo qual a família é composta por pessoas unidas por meio de uma relação conjugal ou pelo parentesco (e nestes incluem-se os afins, ou parentes por afinidade, a exemplo da sogra); e um restrito, pelo qual família são pais e filhos (é o que se chama família nuclear).<sup>2</sup> Em ambos os conceitos, ainda que tenha havido exceção, a sujeição ao pai (ascendente masculino vivo) era uma marca recorrente.<sup>3</sup>

1 FACHIN, Luiz Edson. As crises como elementos de ruptura dos vínculos conjugais. In: \_\_\_\_\_. *Casamento, uma escolha além do judiciário*. Organizadora Ivone M. C. Coelho de Souza. Florianópolis: VoxLegem, 2006, p. 228.

2 Nesta perspectiva podem ser citados manuais como: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5: *Direito de Família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil*, v. 2: *direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008.

3 NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da*

Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>4</sup> adverte:

O pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações da Constituição brasileira, relativamente ao Direito de Família, encontra-se ainda cercada de perplexidade quanto a dois pontos centrais: a) há hierarquização axiológica entre elas?; b) constituem elas *numerus clausus*?

Proponho-me a enfrentar preferencialmente a segunda questão, gizando-a ao plano das normas nela positivadas, utilizando critérios reconhecidos de interpretação constitucional. Várias áreas do conhecimento, que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.

Fustel de Coulanges<sup>5</sup>, que não é jurista, em seu livro “A Cidade Antiga”, cujo tema é a dinâmica das civilizações na antiguidade, a respeito da instituição “família” diz:

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural.

Apesar de não ser a religião que formava a família era ela quem determinava suas regras e ditava o direito, por isso Fustel de Coulanges diz que se tratava de uma associação religiosa e não natural.<sup>6</sup>

A família da antiguidade não era formada somente por pais e filhos, e com o tempo podia se modificar. Sabia-se que ela se voltava para a religião doméstica e o culto aos antepassados, em torno do “chefe”<sup>7</sup> da família, que era como seu sacerdote. A filha que se casasse<sup>8</sup>, por exemplo, passava a pertencer à família do marido, e, conseqüentemente, passava

---

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994, p. 161.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além do *Numerus Clausus*. In: \_\_\_\_\_. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família – Primeira Série*. Coordenador Cristiano Chaves de Farias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-2.

5 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de: Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 2006, p. 58.

6 AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 3.

7 A palavra “chefe” apesar de transmitir uma ideia de sujeição, numa alusão ao direito do trabalho, na verdade é usada pela maioria dos autores que falam do direito antigo no sentido de autoridade. O *pater* conduzia a família, e tinha uma função muito mais ligada à manutenção e conservação do que simplesmente um poder sobre os seus demais membros.

8 “O **casamento**, portanto, era obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer; seu objetivo principal não era a união de duas criaturas que se convinhassem, e que desejavam unir-se para a felicidade ou sofrimentos da vida. **O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto.** [...]” (COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de: Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. -



a cultuar os ascendentes dele. Por outro lado, aquele que não possuísse filho ao qual pudesse deixar o legado de manter o culto vivo dentro da família, e por conseguinte, o culto aos seus antepassados, ou adotava — e o adotado passava a ser tratado como se filho de sangue fosse —, ou se submetia à desgraça eterna. Vivos e mortos tinham uma relação direta de dependência, um mantinha o outro vivo por meio dos rituais, em contrapartida a família tinha a proteção de seus antepassados, tidos como deuses. Havia uma unidade e particularidade nas famílias, essa organização era o que mantinha seus membros unidos. A religião residia nas casas, e cada uma tinha a sua com seus próprios rituais, o que compunha o seu patrimônio.<sup>9</sup>

Esta religião não podia propagar-se senão pela geração. O pai, ao dar a vida ao filho, dava-lhe ao mesmo tempo sua fé, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre, de pronunciar fórmulas de oração. A geração estabelecia o misterioso vínculo entre a criança que nascia para a vida e todos os deuses da família. Tais deuses eram sua própria família *theòi enghenéis*; seu próprio sangue *theòi synaimoi*. A criança, portanto, ao nascer recebia o direito de adorá-los, e de oferecer-lhes sacrifícios, assim como, mais tarde, quando a morte, por sua vez, o divinizasse, ele devia ser contado entre os deuses da família.<sup>10</sup>

Muito mais características tinham as famílias antigas, mas pelo menos uma é possível identificar claramente na narrativa de Fustel de Coulanges: a sua perpetuação. O que para Sílvio de Salvo Venosa<sup>11</sup> faz parte da sua própria estrutura, que também tem bases patrimoniais e no poder paterno.

Na história, cada povo construiu o seu modelo familiar por meio das suas influências culturais. John Gilissen<sup>12</sup> quando fala da história do Direito no antigo Império menciona a família egípcia, hebraica, romana e grega, como algumas em que era possível se identificar características específicas, dentre elas as mais marcantes seriam: a centralização da habitação em torno do pai (patrilocal) ou da mãe (matrilocal), a autoridade desses, e a sua influência sobre os filhos. Apesar dessas serem características marcantes, o autor apresenta outras características também distintas: na **família egípcia** a formação nuclear (pai, mãe e filhos), aonde marido e mulher eram iguais, assim como os filhos entre si; no **direito hebraico** as regras estabelecidas de acordo com os preceitos bíblicos; na **Grécia** o individualismo que permitia ao cidadão dispor livremente de sua pessoa e de seus bens, destacando-se pelo

---

EDAMERIS, 2006, p. 73, grifou-se)

9 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de: Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006, p. 47-53 e 58.

10 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de: Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006, p. 53-54.

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

12 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 40-41, 54-55, 66-67, 77-78 e 84

instituto da maioria, limitador do poder parental, ao contrário de **Roma**, em que a maioria não existia como instituto, e apesar de **Atenas**, onde o poder parental mantinha-se com relação às filhas. E Gilissen, por fim, destaca em Roma a figura da autoridade do “chefe da família”.

Apesar do valor de se estudar o assunto sob a ótica das várias culturas mundiais, sabe-se que o Direito brasileiro recebeu, notoriamente, grande influência do Direito romano. Por esse motivo compreender a família romana é ainda mais importante do que tecer centenas de comentários a respeito de todos os tipos de família, deixando-se a cargo, e como sugestão, de um estudo mais aprofundado.

## 1.1 A família romana

É amplamente ensinado pela doutrina que na antiguidade a família era basicamente o conjunto de pessoas unidas pelo poder do *pater*, e que com o passar dos tempos essa formação se transformou e o conceito foi ampliado.<sup>13</sup> Pietro Bonfante<sup>14</sup>, entretanto, explica que duas eram as relações e direitos da família em Roma: a que se reconhece como família romana, e a família natural no sentido moderno (para qual os romanos não tinham uma denominação), essencialmente diversas em estrutura e função social. De acordo com Bonfante<sup>15</sup>, então:

La famiglia romana in senso proprio (*familia* o anche *familia iure proprio*) è un gruppo di persone congiunte fra loro puramente e semplicemente dall'autorità che l'una di esse esercita su tutte le altre per fini che transcendono l'ordine domestico. Tanto in questa sua struttura, quanto nella sua funzione stessa, benchè diminuita e alterata dalla involuzione storica, essa ci si rivela nata per scopi d'ordine sociale e di difesa: il che vuol dire come un organismo politico. I membri sogetti della *familia* si dicono *personae alieni iuris*, in potestà altrui, e sono i *fili familias* o *liberi in potestà* da un lato, i *servi* dall'altro; ma solo i *liberi* si considerano come membri veri

13 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

14 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 131.

15 Tradução para o português:

A família romana propriamente dita (*familia* ou também *familia iure proprio*) é um grupo de pessoas unidas entre si pura e simplesmente pela autoridade que uma exerce em relação a todas as outras por fins que transcendem a ordem doméstica. Tanto no que diz respeito a sua estrutura, quando a sua função, embora reduzida e alterada pela involução histórica, nasceu com o propósito de ordem social e de defesa: tal qual um organismo político. Os membros da *familia* são *personae alieni iuris*, no poder de outro, e são os *fili familias* ou *liberi in potestà* de um lado, e os *servi* de outro; contudo só os *liberi* são considerados como verdadeiros membros da *familia*.

Em sentido mais amplo, a *familia* significa o conjunto de todos aqueles que estão sujeitos a mesma autoridade se o *paterfamilias* em comum não fosse morto. (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 132.)

della *familia*.

In sendo più lato la *familia* significa pure l'insieme di tutti coloro che sarebbero soggetti alla stessa autorità, se il comune *paterfamilias* non fosse morto.

Ou seja, a família romana, não se restringe à família natural e consanguínea, é, pois, formada por um conjunto de pessoas unidas tanto na ordem social quanto de defesa, assemelhando-se a um órgão político.

Maria Cristina Cereser Pezzella e Fernanda Pappen da Silva<sup>16</sup> a esse respeito escrevem:

A expressão “família” tem em Roma significados diferentes de hoje. A relação com *fámulo* indica um sentido originário relacionado com os servidores do *pater*; e, nas fontes jurídicas, o significado mais frequente de família consistia no conjunto de escravos e propriedade de um mesmo dono. O significado de família nas fontes mais antigas comportava o conjunto de coisas e pessoas submetidas ao *paterfamilias*. No sentido conhecido atualmente se refere a família como união de pessoas livres unidas por certo parentesco.

A família era, portanto, a célula básica da sociedade, uma comunidade de vida e bens.<sup>17</sup>

José Carlos Moreira Alves ao falar sobre o Direito romano diz que há de se pensar em cinco espécies de família: a *gens* (aqueles que julgavam descender de um antepassado comum, mas que não necessariamente eram consanguíneos); a *familia comune iure* (pessoas agnadas que descendiam de um ancestral comum ao qual estariam sob a *potestas*, ou poder, se o mesmo fosse vivo); o conjunto de cognados em sentido estrito (pessoas com parentesco consanguíneo); a *familia proprio iure* (grupo do qual faziam parte aqueles que estavam submetidos a um mesmo *paterfamilias*); além da família natural (denominação moderna para a família formada por cônjuge e seus descendentes, aonde o pai não necessariamente era o *paterfamilias*. Essas duas últimas espécies são as estudadas pelo Direito de Família romano.

18

Assim, haviam várias famílias que compunham uma *gens*, que por sua vez juntamente a outras compunham as *tribus*, e, finalmente, constituíam a *civitas*.<sup>19</sup>

16 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 328.

17 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 330.

18 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 114, 602, 603..

19 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 133.

O *pater familias* era a autoridade da família romana, pessoa *sui iuris* (com capacidade jurídica plena), do sexo masculino e sem ascendentes vivos a que estivesse subordinado, independente de ter mulher e descendentes. Os demais membros eram designados *fili familias*, pessoas *alieni iuris* (com capacidade jurídica restrita) que estavam sob a autoridade do *pater* (tais como sua mulher, filhos e filhas, noras, netos e netas). Nessa esfera familiar, haviam, ainda, dois tipos de parentesco: o agnático, transmitido pelos homens e o cognático propagado pelo sangue (tanto pela via masculina como pela feminina). Aos escravos restava a participação na família como parte do patrimônio, eram considerados *res* (coisa).<sup>20</sup>

A respeito do parentesco agnático, ainda, é preciso destacar que se refere àquele em que a pessoa é inserida no grupo — não se tratando de relação sanguínea — como na adoção, por exemplo.<sup>21</sup>

Esta formação romana traz a ótica sob a qual por muito tempo se viveu, e que ainda hoje se encontra arraigada na sociedade e em seus costumes, de que o homem é o pilar de sustentação da família e a mulher está a ele submetida.

Para alcançar o atual conceito de família houve um gradativo enfraquecimento da *potestas* do *pater familias* e a substituição gradual do parentesco agnático pelo cognático.<sup>22</sup>

Atualmente, a vida social cada vez mais dinâmica tem consolidado a família natural como o conceito moderno de família. No Brasil, essa redução do conceito familiar pode ser identificada nas disposições do Código Civil nos artigos 1.591 a 1.595, em que parentes são aqueles ligados pelo vínculo natural ou civil, e compõem-se por: ascendentes, descendentes, colaterais até o quarto grau e afins (cônjuge ou companheiro, seus ascendentes, descendentes e irmãos), não havendo, pois a infinitude dos laços de sangue.

Com o tempo o conceito de família mudou, e com ele sua finalidade ou função, a sua composição e o papel de seus membros.<sup>23</sup> A família nuclear de hoje tem semelhança com a família natural romana, ambas estruturam-se basicamente por pais e filhos.

---

20 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 103, 104, 114, 115.

21 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 132.

22 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 603.

23 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.  
LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

## 1.2 As transformações das famílias quanto ao seu papel

A família romana transcendia a ordem doméstica, e constituía uma espécie de organismo político, não como substituto do Estado, mas como uma parte dele, autônoma — como um Estado federado dentro da federação —, estruturada de tal maneira que nela possuía uma comunidade, uma autoridade que a governava, que presava pela defesa de sua ordem e segurança, além de administrar seu patrimônio. Características que foram aos poucos enfraquecendo e dissolvendo a forma original da família romana.<sup>24</sup>

O fato é que se pode conferir à unidade familiar uma grande transformação durante os tempos. As necessidades dos seres humanos fizeram com que estes se unissem com propósitos em comum, ligados à sua sobrevivência e à manutenção da prole. E, nesse sentido, a cada evolução do ser humano a família passava a ter uma função determinada pelo seu contexto histórico.

Nesse sentido Paulo Lôbo<sup>25</sup> bem esclarece:

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses de vida.

É claro que todas estas fases foram de extrema relevância, mas se pode dizer que na sua transição de unidade de produção para união baseada no afeto se pôde verificar um marco muito importante a partir da Revolução Industrial, quando o homem passa a ser empregado nas fábricas e a mulher se insere no mercado de trabalho, o que resulta na mudança dos papéis que estes exercem e numa redução no número de nascimentos nos países desenvolvidos.<sup>26</sup>

Foi com essa transformação, que trouxe o afeto como foco na unidade familiar, que o ordenamento jurídico começou a reconhecer outras formas de constituição familiar, e direitos aos seus membros — incluindo os filhos, ainda que menores de idade.<sup>27</sup>

---

24 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 132-135.

25 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

26 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3 e 5.

27 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325.

### 1.3 Os filhos na história

A situação dos filhos era marcada por poucos direitos individuais e um dever de respeito à autoridade parental.

Andréa Rodrigues Amin<sup>28</sup> descreve em poucas palavras a situação das crianças na Idade Antiga:

Os gregos mantinham vivas apenas crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com o objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, 'patrimônio' do Estado. No Oriente era comum o sacrifício religioso de crianças, em razão de sua pureza. Também era corrente, entre os antigos, sacrificarem crianças doentes, deficientes, malformadas, jogando-as de despenhadeiros; desfazia-se de um peso morto para a sociedade. A exceção ficava a cargo dos hebreus que proibiam o aborto ou o sacrifício dos filhos, apesar de permitirem a venda como escravos.

Nessa época os filhos se submetiam ao controle do patriarca que exercia a chamada *patria potesta* (ou pátrio poder). Em Roma:

[...] o *pater* dispunha sobre o filho do desumano *jus vitae et necis*, direito de vida e morte, portanto, o direito de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização, mediante *ius noxae dandi*. No âmbito patrimonial, o filho era equiparado ao escravo, *servus*, sem qualquer bem patrimonial, pois tudo que por ele era adquirido integrava o patrimônio do *pater*.<sup>29</sup>

O atual poder familiar é uma evolução do pátrio poder romano o poder que, no direito pré-clássico, o chefe absoluto da família — aquele que não tinha ascendentes masculinos vivos a se sujeitar — exercia em relação aos seus descendentes, inclusive aos que eram por ele adotados. Nesta época o *pater familias*<sup>30</sup> acumulava as funções de chefe militar, sacerdote e juiz de família. Só podiam sair do poder do *pater* aqueles por ele emancipados ou

---

28 AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-4.

29 NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006, p. 97.

30 De acordo com Fustel de Coulanges: “Nos tempos antigos, o pai [entenda-se que não necessariamente o pai era o chefe da família, poderia ser o avô, por exemplo] não é somente o homem que tem a força, aquele que pode impor a submissão, é também o sacerdote, o herdeiro do lar doméstico, o continuador dos antepassados, o tronco da descendência, o guarda dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas sagradas. A religião inteira reside nele.” (FUSTEL DE COULANGES, *La Cite Antique*, original, p. 116 *apud* NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006, p. 89.)

cuja *manus maritalis* fosse por ele extinta.<sup>31</sup>

O interesse do homem adulto, responsável pela família, prevalecia sobre o dos demais membros, embora presasse ele pela manutenção do bem coletivo. Não havia uma preocupação específica com o indivíduo, mas com a família como um todo. Ao ser humano restava obedecer ao pai da família, que compreendia o gestor maior do grupo.

Sob a ideia de que os filhos tinham em relação aos pais uma condição de propriedade e subserviência Pontes de Miranda<sup>32</sup> escreve que:

[...] A *patria potestas* dos Romanos era dura criação de direito despótico, e não tinha correlação com os deveres do pai para com o filho. É certo que existiam deveres, porém esses quase só eram providos da moral. Juridicamente, a *patria potesta* constituía espécie de direito de propriedade. [...]

Ainda que Pontes de Miranda falasse nos filhos como propriedade dos pais, através das leituras apresentadas se percebe que essa era uma consequência da grande responsabilidade que o *pater* possuía com relação ao bem-estar da família. Como já foi dito, tratava-se de um cenário histórico que construía tal imagem se observada a partir dos conceitos atuais.

Sob esse aspecto Pietro Bonfante<sup>33</sup> considera o *pater* como juiz dos *filiifamilias*, aqueles que estavam sob sua responsabilidade, sob a sua *potesta* (poder). Portanto, podia puni-los: com prisão, penas corporais e com a morte; bem como podia cedê-lo a uma pessoa a quem tivesse lesado, vender, arrendar, ou mesmo matar o recém-nascido. Não havia qualquer limite a esses poderes no Direito romano antigo, o que correspondia a característica da própria família romana em função de sua autonomia frente ao Estado, e como organismo político independente. As regras eram internas à família, e, ademais, as condenações deveriam primeiramente ser submetidas a um conselho doméstico antes de serem executadas.

Ao *paterfamilias* também cabia a responsabilidade sobre o patrimônio familiar. Por tal motivo era ele o único sujeito de direito patrimonial, dispondo dele de acordo com a sua vontade e o bem comum. Lembrando que isto incluía o patrimônio adquirido por qualquer membro da família (*filiifamilias*).<sup>34</sup>

---

31 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. II. 6. ed. revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 249.

32 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 106.

33 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 147.

34 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 151.

Os filhos não tinham direito de propriedade sobre aquilo que conquistavam,<sup>35</sup> porque o que lhes cabia era revertido em benefício do *pater*, enquanto aquele estivesse sob a *patria potestas*.<sup>36</sup> Isso refletia a falta de individualidade, de autonomia, dos membros da família romana antiga, que viviam no sentido do coletivo, mas sempre observando os interesses diretos do pai, sua autoridade e patrimonialidade, já que era ele o esteio da família romana.<sup>37</sup>

O interesse do *pater*, portanto, conduzia a dinâmica familiar, de modo que a sua formação na Roma Clássica não tinha por base o afeto, que embora pudesse existir não importava ao Direito<sup>38</sup>, nem era restrita à consanguinidade que só adquiriu importância a partir de Constantino (306-337 d. C), sob a influência da Igreja Católica, consolidando-se com Justiniano (527–565 d. C), assim como diz o Professor Doutor Carlos Silveira Noronha<sup>39</sup>:

O *paterfamilias*, que unificava sob sua *autoritas* todos os membros da família, desfrutava em relação a eles de direitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial, tais como a *patria potestas* ou o poder sobre os filhos e netos masculinos; a *manus* ou o poder sobre as mulheres casadas com o *pater* ou com seus descendentes; o *mancipium* ou o poder sobre as pessoas a ele vendidas como escravos (*in mancipi*); e ainda, a *dominica potestas*, que era o poder geral sobre os escravos. Sobre os seus dependentes ou *fili familias*, o *pater* tinha o *ius vitae et necis*, o *ius exponendi*, o *ius vendendi* e o *ius noxae dandi*, ou sejam, respectivamente, os direitos de vida e de morte; de abandonar o filho infante; de vender as pessoas sob o seu poder; de livrar-se do filho que comete delito; abandonando-o em favor da parte lesada, através da *noxae delitio*. Estes poderes (direitos) do *pater* foram sendo amenizados, com o passar dos tempos, sendo os dois últimos finalmente abolidos no período imperial, por Justiniano, sob a influência da ética cristã.

Com Constantino, em 319 d.C., no direito pós-clássico, é que os poderes do *pater* começam a ser abrandados. Ele deixa de ter o direito de decidir sobre a morte dos filhos que não fossem recém-nascidos, e com relação a estes a restrição vem a partir de 374 d.C.. Além disso, no que tange aos bens, esses passaram a pertencer a quem lhes era de direito, quando

---

35 A um *fili familias* podia ser confiado um negócio da família, para gozo e administração, mas do qual não se tornava proprietário, mesmo que o *pater* quisesse, não podendo, portanto, dispor dele livremente. De outro modo, na Idade Clássica, os militares constituíam uma exceção quando passaram a poder dispor através de testamento daquilo que haviam adquirido por ocasião de seu serviço. Faculdade esta que foi crescendo com o passar do tempo. (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 151-152)

36 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 330-331.

37 SOUZA, Monaliza Costa de. As Garantias dos Filhos Frente à Alienação Parental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 29, p. 143-189, nov. 2011, p. 155.

38 NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006, p. 90.

39 NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994, p. 163.



advindos de cargos públicos, eclesiásticos ou de sucessão materna. É nesse momento, também, que as mulheres púberes deixam de ser relativamente incapazes.<sup>40</sup>

Só com Justiniano é que a figura do *pater* deixa de ter um pátrio poder absoluto em relação aos membros da família romana, em face ao novo espírito social e aos novos regramentos adotados.<sup>41</sup> Na Novela 118, a família passa a fundar-se no parentesco cognatício em detrimento do agnatício, reafirmando-se que os bens adquiridos pelos filhos a eles pertenciam.<sup>42</sup>

Mas sabe-se, contudo, que as mudanças na autoridade paterna ocorreram ainda mais significativamente com o Cristianismo, é o que afirma o professor Dr. Carlos Silveira Noronha<sup>43</sup>:

Na época moderna, a autoridade paterna despiu-se de seu caráter tirânico e egoístico que o impregnava, influenciada notoriamente pelo cristianismo a partir do Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563, quando alcançou bases nitidamente humanísticas e altruístas.

Na Idade Média, então, o crescimento da religião cristã, e de sua influência sobre o homem, contribuiu para o reconhecimento de direitos das crianças, defendendo o direito à dignidade de todos. Mesmo assim, os filhos advindos fora do casamento mantinham-se à margem do Direito, por tratarem-se de resultado de violação moral da época.<sup>44</sup>

A decadência dos poderes do *pater* foi gradual e basicamente teve início com a individualização dos patrimônios. Momento em que surgem os sujeitos de direitos dotados de dignidade.<sup>45</sup>

A patrimonialidade era um dos fatores que concentravam a autoridade no *pater*, e que alcançavam, inclusive, a distinção entre filhos advindos do casamento ou de fora dele. O

---

40 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. II. 6. ed. revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 253.

41 BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4. ed. riveduta e accresciuta. Milano: Casa Editrici Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 149.

42 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. II. 6. ed. revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 253.

43 NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006, p. 90.

44 AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. p. 03-10. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

45 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 333-334.

princípio da legitimidade vislumbrava a proteção do patrimônio em detrimento da família.<sup>46</sup>

Essa ideia de patriarcalismo, que vigeu no Brasil por longos anos, só foi de fato abalada no final do século XX, quando uma nova legislação surgiu no sentido de emancipar as relações familiares (o Estatuto da Mulher Casada – Lei n 4.121/1962 e a Lei do Divórcio – Lei n 6.515/1977, foram alguns exemplos de legislação da época).<sup>47</sup>

A realidade do Brasil colônia também era de respeito ao pai, autoridade máxima da família, ao qual era permitido aplicar o castigo como forma de educar, excluindo-se sua ilicitude se nesse propósito o filho falecesse ou fosse lesionado. À época “o pensamento social oscilava entre assegurar direitos ou 'se defender' dos menores. [...]”, diante do grande número de índios, escravos e dos filhos ilegítimos. Só em 1912 começou-se, através de projeto de lei do Deputado João Chaves<sup>48</sup>, a se ter a criança e o adolescente sob a perspectiva de um direito específico e não da área penal, apesar de ainda resistir a ideia da criminalização da infância pobre. Era um longo momento de transição, em que se estigmatizou a categoria **menor**, sob a ótica do infrator, em contrapartida à busca por defender essas crianças e adolescentes sob a perspectiva dos direitos humanos. Em 1959, então, com a publicação da Declaração dos Direitos da Criança pela ONU, impulsiona-se a Doutrina da Proteção Integral sob a influência dos movimentos pelos Direitos Humanos do pós-Segunda Guerra.<sup>49</sup>

Em 1924 a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra (promovida pela Liga das Nações) já demonstrava uma preocupação internacional em reconhecer os direitos das crianças. Mas foi de fato em 1959, como dito, que efetivamente se reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos.<sup>50</sup>

A filiação passa, então, a transcender o vínculo sanguíneo e advindo do casamento, como ocorria na família patriarcal, e passa a decorrer de fato cultural e social. Sua dimensão

---

46 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

47 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

48 O Deputado João Chaves foi um grande personagem no limiar entre a penalização da infância criminosa e abandonada e a instituição de uma justiça especializada para menores, protetiva, com juízes e tribunais especiais. Em 1912, apresentou projeto de lei voltado a esse assunto, inspirado em ideias que já corriam no mundo, principalmente em 1911, com a realização do Congresso Internacional de Menores em Paris, França. (VILAS-BÔAS, Renata Malta. Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, nº 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11583#\\_ftnref1](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583#_ftnref1)>. Acesso e 18 mar. 2013.)

49 AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente, P. 03-10. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 5-7.

50 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. p. 11-17. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 11.

existencial evoluiu de tal maneira que a origem biológica torna-se apenas mais uma das espécies do gênero filiação. Trata-se, pois, de uma relação de afeto, que é, por sua vez, fato social e psicológico. “A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.<sup>51</sup>

Além disso, é importante lembrar que antes de conquistar definitivamente o seu espaço como sujeitos de direitos, e ganhar o amparo da Doutrina da Proteção Integral, as crianças e adolescentes eram destinatárias da Doutrina da Situação Irregular. Oficializada pelo Código de Menores (Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979), a Doutrina da Situação Irregular era restritiva — porque abarcava aqueles que se enquadrassem no que dispunha o artigo 2º<sup>52</sup> —, não enunciava direitos, porque determinava previamente situações e compunha seus resultados, trabalhava com a consequência mas não com a causa do problema, e deixava os direitos fundamentais à margem da tutela jurídica. Ao contrário da Doutrina da Proteção Integral, garantista, que titulariza a criança e o adolescente como sujeito de direitos fundamentais, é ampla, abrangente, universal e exigível.<sup>53</sup>

A partir dessa ideia, com o advento da Constituição Federal de 1988, os filhos passam efetivamente a ser sujeitos de direito, com dignidade a ser respeitada e papel relevante no seio familiar, bem como ganha destaque a relação entre eles e seus pais. O que pode ser verificado quando se diz que hoje prevalece a igualdade entre os filhos advindos ou não do casamento e as relações socioafetivas, em detrimento do antigo tratamento a eles dispensado.<sup>54</sup> Com a Constituição Federal de 1988 desfaz-se a ligação entre casamento e

---

51 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29-30.

52 Código de Menores de 1979:

“Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.”

53 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. p. 11-17. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 12-14.

54 PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006, p. 668.

legitimidade e tem fim a categorização dos filhos.<sup>55</sup>

Esse foi o início de uma conquista de direitos para os filhos, o que mais tarde se verifica ser apenas um dos grandes passos para crianças e adolescentes ganharem um espaço especial no ordenamento jurídico. Elas somente vieram a conquistar visibilidade, de fato, a partir da Constituição Federal de 1988, e, efetivamente, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989.

Atualmente, de acordo com Arnaldo Rizzardo<sup>56</sup>: “Chegou-se a um momento histórico de igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos pais é uma consequência do diálogo e entendimento, e não de atos ditatoriais ou de comando cego.”. Nesse sentido, o autor afirma que não é uma questão de hierarquia, mas de “conscientização do papel a ser desempenhado pelos pais, e de compreender as limitações e buscas da própria idade”. Essa seria a visão atual do papel dos pais como orientadores dos filhos.

## 1.4 O Direito das Famílias

O grande divisor de águas do Direito das Famílias foi, sem dúvida, a queda do modelo patriarcal, quando na história, com o movimento de migração advindo da Revolução Industrial. É gerada uma crise financeira e há a necessidade de emancipação feminina e de conquista do seu espaço no mercado de trabalho. Quando o Direito das Famílias começa a receber uma maior atenção, baseado nas relações, embora ainda bastante influenciado pelo sistema patrimonialista.

O Direito de Família é o que mais tem sofrido alterações. Isto de fato ocorre afinal é ela, a família, a menor unidade social, e, portanto, está, por si só, em constante transformação, o que demanda o acompanhamento do Direito, como regulador de sua organização.

Por muito tempo o Direito de Família teve como lei fundamental o Código Civil e leis esparsas deixando-o de ser com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a resguardar a família em seu texto, através de seus princípios básicos, com aplicação direta,

---

55 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 201.

56 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 535 e 536.

imediate e vinculante.<sup>57</sup>

### ***1.4.1 As Famílias nas Constituições Federais Brasileiras***

As Constituições brasileiras imprimem em seus textos a realidade social vivida à época em que foram promulgadas, o que permite notar o cenário da família no decorrer dos anos, na transição do Estado Liberal para o Social. De acordo com Paulo Lôbo<sup>58</sup>:

[...] As Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4º) com o seguinte enunciado: 'A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita'. Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos, desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob o controle da igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e o Império.

Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A democratização do Estado brasileiro culminou com a Constituição de 1988, a “Constituição Cidadã”, com a ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais, um processo longo e gradual. No império, em 1824, a preocupação era com o poder do imperador, e só após a proclamação da república em 1889 começou a se esboçar mudanças no sistema político e econômico: com a abolição do trabalho escravo, ampliação da indústria e o êxodo rural, e a separação do estado e da igreja. Questões que, como já dito anteriormente, contribuíram também para a mudança nas famílias. O cidadão encontrou-se tolhido em seus direitos em dois momentos, posteriormente a isso, em 1937 sob o Estado Novo de Getúlio Vargas e em 1967 no Regime Militar. Embora desde 1934 já tenham ganhado campo as diretrizes sociais.<sup>59</sup>

---

57 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 36-37 e 52.

58 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33-34.

59 PONTUAL, Helena Daltro. *Constituições Brasileiras*. *Agência Senado*, Brasília, Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

Houve, portanto, uma mudança no paradigma da sociedade, do modelo autoritário vigente na época da elaboração e publicação do Código Civil de 1916, até hoje, com um modelo voltado para a dignidade dos cidadãos, passando a reconhecer outras entidades familiares além da matrimonializada.<sup>60</sup>

Também foi neste momento, da Constituição de 1988, após vinte anos de regime militar, que os direitos fundamentais<sup>61</sup> — contidos no título II, artigos 5º a 17 — voltam a ter valor como “fonte primeira e vinculativa do Direito”.<sup>62</sup>

Foi a Carta Magna de 1988 que marcou a revolução do Direito das Famílias, reconhecendo a família aberta e plural, advinda do casamento, da união estável, ou mesmo monoparental (formada por um dos pais e seus filhos).<sup>63</sup> Seus artigos 226 a 230 foram dedicados à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso.

No site *Planalto.gov.br* encontra-se parágrafo interessante que narra de forma simples o que é o contexto constitucional no Brasil de hoje:

A Constituição da República Federativa do Brasil é a Lei Fundamental do nosso país e foi elaborada com base na soberania popular. Seus preceitos visam projetar o Brasil como Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.<sup>64</sup>

A consolidação do Brasil como Estado Democrático, portanto, passou a valorizar o indivíduo, lhe conferindo uma série de direitos, efetivados através da legislação advinda para somar forças à Constituição, como foi o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, além das demais legislações que surgiram com o objetivo de viabilizar a

60 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

61 De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais estão ligados ao direito interno do país, enquanto os direitos humanos teriam a mesma abrangência porém com relação ao direito internacional. Observando que os direitos humanos podem ser incorporados à ordem jurídica interna através de tratados internacionais ratificados no país, tendo, por isso, vigência e eficácia (art. 5º, § 2º da Constituição Federal). E atentando que muitos desses direitos humanos de fato foram incorporados ao texto constitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. p. 13-36. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010, p. 17)

62 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. p. 13-36. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010, p. 14.

63 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17. *apud* SOUZA, Monaliza Costa de. As Garantias dos Filhos Frente a Alienação Parental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 29, p. 143-189, nov. 2011, p. 153.

64 BRASIL. Legislação. *Planalto*, Brasília, 04 julho 2011. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

execução de garantias nela expressas, e de atender às demandas sociais.

Toda essa transformação política, ideológica, cultural e social trouxe reflexos na sociedade de um modo geral, mais especificamente modificou a família, que ganhou mais do que valor genético e biológico, um valor relacionado ao afeto entre seus componentes.<sup>65</sup> Além disso, consolidou-se um novo princípio, assim considerado pelo STF, o **princípio da busca da felicidade**, que decorre do princípio da dignidade da pessoa.<sup>66</sup>

O ordenamento jurídico também acompanhou essa mudança, é o caso da Lei nº 11.698 de 2008 que instituiu a guarda compartilhada, produto de algumas das grandes mudanças na história após a Constituição de 1988: a igualdade entre homem e mulher, a responsabilidade parental sobre os filhos com vistas ao seu melhor interesse, e o divórcio sem pré-requisitos e sem discussão de culpa (artigo 226 e 227).

No caso da Alienação Parental (tema do capítulo 3) cabe atentar, além de tudo isso, a conquista advinda com o princípio do melhor interesse da criança, observados agora de uma maneira especial, permitindo que a eles fossem voltados os olhos do Estado e da sociedade, como diretamente responsáveis pelo seu desenvolvimento social.

### ***1.4.2 Princípios de Direito das Famílias<sup>67</sup>***

Os princípios têm um grande papel no Direito: aproximar as normas existentes da realidade social.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>68</sup>: “A compreensão e aplicação de uma principiologia do Direito Contemporâneo pressupõe a quebra e mudança de uma concepção jurídica preponderantemente positivista[...]”. Tal afirmação baseia-se na ideia de que a positivação de certa forma engessa a justiça, e em não havendo norma que disponha sobre fatos a serem decididos pelo juiz a jurisprudência torna-se relevante fonte do Direito,

---

65 PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006, p. 667.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]*. 4. ed.. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011, p. 23.

67 Indica-se a leitura complementar de: “SOUZA, Monaliza Costa de. As Garantias dos Filhos Frente à Alienação Parental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 29, p. 143-189, nov. 2011, p. 159-174”.

68 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35-39.

baseando-se em princípios jurídicos, que se justificam e ponderam-se diante de parâmetros hermenêuticos e valorativos já existentes na sociedade e contidos na Constituição. E complementa:

Diante disso, o **papel dos princípios** é, também, informar todo o sistema, de modo a **viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas**, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. **Não mais se aceite um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico.** (grifou-se)

O princípio é aquilo que torna o Direito vivo diante da realidade, aproximando sua aplicação ao ideal de justiça, e, em vez de tratar-se de uma moldura, traça um caminho a ser percorrido.

São eles, os princípios, que marcam uma fase evolutiva trazida pela Constituição Federal de 1988, isto porque:

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a outorgar um título próprio para os princípios fundamentais e deixou transparecer de maneira clara sua intenção de facultar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente das condutas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, juntamente com os princípios fundamentais, integram o núcleo essencial formal e material da Constituição Federal do Brasil. Sem precedentes nas Constituições brasileiras anteriores, o princípio da dignidade da pessoa humana foi reconhecido como fundamento do Estado Democrático de Direito.<sup>69</sup>

Conforme Paulo Lôbo<sup>70</sup>, as normas constitucionais podem ser princípios e regras. Nessa esfera, as regras indicam suporte fático hipotético determinado e fechado (hipótese de incidência), diferentemente dos princípios, que se tratam de suporte fático hipotético indeterminado e aberto. Isso significa que a norma segue o que expressamente determina, um fato e seus efeitos jurídicos, enquanto o princípio depende necessariamente do seu intérprete,

[...] Tome-se o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, referido expressamente no § 7º do art. 226 da Constituição: o casal é livre para escolher seu planejamento familiar, mas deve fazê-lo em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana cuja observância confirmará o intérprete apenas em cada situação concreta, de acordo com a equidade, que leva em conta a ponderação dos interesses legítimos e valores adotados pela comunidade em geral.

O intérprete, no caso, é o juiz, que se posiciona perante o caso concreto fundado em regras e princípios. De acordo com o que foi dito, e sob a ótica da alienação parental, ele, o

69 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61 *apud* THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

70 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-58.



juiz, recebe a petição, que indica a ocorrência de alienação, observa o fato e suas especificidades, à luz do que determina a Lei nº 12.318/2010, que indica os parâmetros tanto de sua identificação quanto das medidas cabíveis, ainda assim, não se tratando de lei taxativa, ele avalia os princípios envolvidos e fundamenta sua decisão na observância desses a fim de que os direitos fundamentais de cada parte sejam garantidos, mas prioritariamente atende à criança e ao adolescente, cuja Constituição coloca em primeiro plano.

Ao analisa o caso concreto, baseando-se em princípios, o juiz não aplica um preceito estático, mas sim acompanha a realidade viva do Direito e decide conforme um conjunto de preceitos que na prática resguardam o princípio por ele aplicado. É nesse sentido que Rodrigo da Cunha Pereira<sup>71</sup> ensina:

[...] os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto. Por isso, o conceito de “melhor interesse” [por exemplo] pode sofrer variações no tempo e no espaço. [...]

Seguem, então, os princípios que devem sempre estar presentes na análise das situações que envolvem crianças e adolescentes. Lembrando que tal análise não deve deixar de considerar que todos os princípios estão correlacionados, e é através dessa correlação que perfazem um sistema equilibrado, que garante à família um campo seguro, pelo menos no contexto das relações jurídicas entre seus membros.

#### *1.4.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*

A “dignidade da pessoa humana” é um dos princípios fundamentais que constitui o Brasil como Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988). Ainda assim, conferindo especial proteção à família como base da sociedade, a Constituição reforça a aplicação deste princípio nas relações entre os seus membros, fazendo-lhe menção no parágrafo 7º do artigo 226. Tal como estabelece que é dever da família assegurar a dignidade das crianças e adolescentes com absoluta prioridade (artigo 227).

---

71 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

É no mesmo sentido que Maria Helena Diniz<sup>72</sup> escreve

que constitui [o princípio do respeito à dignidade da pessoa] base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)

Este princípio é um dos mais abrangentes do Direito, porque em toda e qualquer situação fática levada ao judiciário deve ser dispensado às partes tratamento digno. De forma prática é possível exemplificar através da responsabilidade parental, que não se restringe ao dever alimentar mas vai além quando se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, o que ocorre sob as bases do princípio da dignidade.<sup>73</sup>

A dignidade é, portanto, valor intrínseco ao ser humano por sua racionalidade, conferida a todos em igualdade. Sua constituição como princípio constitucional é o reconhecimento de que todo ser humano deve ter seu valor como pessoa reconhecido pelo Estado, além da garantia de uma personalidade também resguardada por ele (o Estado).<sup>74</sup>

Em colaboração ao entendimento apresentado, também é possível defini-lo como “valor supremo”, o que

significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionais protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos.<sup>75</sup>

Trata-se de um “[...] macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade”.<sup>76</sup>

Através desse olhar, é possível dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado com os direitos fundamentais. Para respeitar a dignidade é preciso respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos.<sup>77</sup> E, mais além, está relacionado aos direitos

72 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

73 PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006, p. 670.

74 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117-118.

75 MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, ano XIII, nº 21, bimestral abr/mai 2011, p. 34 – 35.

76 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

77 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

humanos, porque diz respeito a necessidade da sua própria natureza, que nenhum Estado teria o poder de modificá-lo, tanto o é que foi incluído em 1948 no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>78</sup>

No Direito, efetivamente, foi necessário incluí-lo como princípio geral, por correlacionar-se à ideia de que devem haver direitos cuja atribuição seja universal.<sup>79</sup> Como princípio fundamental, então, serve de referencial para a ordem jurídica em todos os demais direitos do cidadão. Através dele as garantias de solidariedade, pluralidade familiar, isonomia, liberdade e autonomia da vontade, são resguardadas.<sup>80</sup>

A importância do princípio da dignidade serve a todas as esferas sociais, principalmente à família. Nela está o primeiro núcleo aonde é aplicada, e sobre quem se pode requerer seja respeitada. “[...] Não é um direito [dignidade da pessoa da criança] oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.”<sup>81</sup>

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>82</sup>

“[...] o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.”

A evolução histórica narrada em item anterior, e a análise do contexto do princípio em estudo, revelam que a transformação familiar reforçou a ideia de que aos seus membros é dispensado tratamento igualmente digno, porque todos se encontram como sujeitos de direitos e deveres. Daí a importância de considerá-lo como um dos princípios que embasarão a proteção da criança e do adolescente e daqueles por eles responsáveis.

Além do mais, a sua amplitude pode revelar que quanto mais protegida a dignidade mais protegido o indivíduo, mais preparado para isso, já que é ele próprio, dentro da sociedade, que lida com a repercussão do que vem a compor tal dignidade e com a maneira de atuar diante dela. Por isso afirma Maria Cristina Cereser Pezzella<sup>83</sup>:

78 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118 e 120.

79 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

80 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

81 PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006, p. 670.

82 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

83 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: \_\_\_\_\_. *O novo Código Civil e a Constituição*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 63.

A importância que a sociedade confere à dignidade da pessoa humana nas relações pessoais, privadas e de maneira mais ampla com o macrosistema da cultura social e jurídica, enfrentando a sua repercussão concreta e efetiva, está imbricada com a potencialidade que se atribui à capacitação de quem compõe, em última análise a sociedade. Desta forma, quanto mais protegida a dignidade da pessoa humana, mais desenvolvida, culturalmente a sociedade e mais próxima de uma realização efetiva das possibilidades de seus formadores. Uma sociedade que não perquire, não discute e não confere possibilidades para uma ampliada discussão social e jurídica da importância da pessoa em sua plenitude, e, por assim dizer, integral na perspectiva física e psíquica, deixa de cumprir o seu principal papel: o desenvolvimento integral da pessoa.

Apesar dessa aparente objetividade em relação à sua aplicação, este princípio ganha subjetividade quando pensado diretamente diante do caso concreto, a relativização acaba sempre ocorrendo. Um exemplo é um reconhecimento da paternidade, aonde a submissão obrigatória a um exame de DNA pode afrontar a dignidade do suposto pai, ao mesmo tempo que isto pode ser justificado pela dignidade da criança, sobrepondo o princípio do melhor interesse da criança, numa relativização da dignidade do adulto.<sup>84</sup>

A amplitude deste princípio demanda um cuidado maior na sua aplicação. Mesmo assim, é sua essencialidade que determina sua relevância para a hermenêutica jurídica. Em julgado, o STF se manifestou acerca disto e ressaltou a existência do princípio essencial e implícito da busca da felicidade, um dos que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Seria ele um “[...] vetor interpretativo, verdadeiro valor – fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País[...]”. Nele também se alicerçam os direitos fundamentais, seu “processo de afirmação, gozo e expansão”, resguardando-os das violações, ações ou omissões lesivas.<sup>85</sup>

#### *1.4.2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surgiu na Inglaterra através do instituto do *parens patriae*, para “designar a prerrogativa do Estado de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria”.<sup>86</sup> Atualmente faz parte da Doutrina da

---

84 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122-123.

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]*. 4. ed.. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011, p. 23.

86 RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia. In: \_\_\_\_\_. *Estudos Jurídicos – Revista do Centro de*

Proteção Integral, nascida com a Constituição Federal de 1988, através do artigo 227, mas que já vinha sendo uma preocupação internacional, consolidada, enfim, através da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.<sup>87</sup> Sob três pilares:

1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2º) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.<sup>88</sup> (grifou-se)

Sob esse aspecto o princípio do melhor interesse da criança foi o resultado de uma inversão de prioridades dentro do Direito das Famílias, conforme traçado anteriormente. Havia uma preocupação eminente com o interesse do “chefe” da família que decaiu com a igualdade entre os membros do núcleo, e deu espaço à prioridade na atenção aos filhos, crianças e adolescentes. Observa-se essa mudança, também, através da simples alteração da denominação “pátrio poder” para “poder familiar”, já que atualmente a condução da vida desses indivíduos cumpre a toda família em igualdade de condições.<sup>89</sup>

Conforme Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires<sup>90</sup>: “Tal perspectiva redireciona todas as questões relacionadas a crianças e adolescentes, tanto na esfera das políticas governamentais, como nas decisões judiciais [...]”.

É nesse sentido que a família passou a ser vista como um sistema aonde cada membro tem seus direitos e deveres. A respeito, Giselle Câmara Groeninga<sup>91</sup> muito bem discorre que:

A família não mais pode ser pensada de forma dividida, ela é um sistema em que os integrantes exercem funções complementares. Da mesma forma, há uma confusão na divisão que se faz ao falar do superior interesse da criança e do adolescente como se fosse contrário ao dos pais. O que existe é, na realidade, o superior interesse da família sendo que, como sua função primordial é a do atendimento e cuidado de seus membros, priorizando-se o grau de fragilidade de cada um, o interesse da criança traduz, assim, a finalidade primeira da família.

---

*Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. Vol. 36, n. 97, mai/ago, 2003, p. 218.

87 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. p. 11-17. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 11-12.

88 AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. p. 11-17. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 11-12.

89 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

90 RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia. In: \_\_\_\_\_. *Estudos Jurídicos – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. Vol. 36, n. 97, mai/ago, 2003, p. 217.

91 GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à Família. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nº 51, ano 8., p. 3-5, jul./ago. 2008, p. 3.

A efetividade deste princípio encontra-se na consciência da fundamentalidade do respeito às garantias fundamentais da criança e do adolescente como indivíduo em desenvolvimento, e que o deve tê-lo de forma saudável no âmbito físico e psíquico. O desenvolvimento dentro da família poderá refletir nas suas relações dentro da sociedade.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>92</sup> isso se deu em decorrência da mudança de valor da família, agora como veículo de valorização e promoção da dignidade de seus membros. A nova ótica inserida pela Constituição de 1988, com foco na dignidade da pessoa, provocou uma “releitura das situações jurídicas”. Com isso, também mudou a situação do menor, criança ou adolescente, que passou a ser olhado com mais atenção por ser um membro ainda imaturo para conduzir sua vida sozinho, e com personalidade em formação.

O princípio do melhor interesse da criança, pela sua amplitude, não se restringe em sua aplicação, que varia conforme a realidade que envolve o caso concreto em que será aplicado. São variações culturais, sociais, dentre outras. Ou seja, o melhor para a criança dependerá do contexto geral em que ela se encontra.<sup>93</sup>

Além disso, é evidente a sua prevalência, inclusive no que concerne às decisões do Superior Tribunal de Justiça. A observância do melhor interesse da criança se sobrepõe, por exemplo, à inexistência de previsão legal para a adoção por casais homoafetivos, com registro da criança em nome de ambos, como ocorrido no Recurso Especial nº 889.852, julgado pelo STJ, que concedeu a duas mulheres a adoção de crianças, por entender que estas encontravam ali um ambiente atestadamente saudável ao seu desenvolvimento. Ou no caso das crianças que se encontram em um lar, em que os seus responsáveis, com quem já têm um vínculo afetivo, desejam adotá-la, mas não estão cadastrados, conforme o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Recurso Especial 1.172.067 do STJ). Nessa situação não se discute o direito dos pretensos adotantes, incluídos ou não na lista, mas sim prevalece o direito da criança, que naquele lar já criou suas raízes.<sup>94</sup>

Um caso que reflete bem a aplicação deste princípio é o de Francisco Ribeiro Eller (Chicão), filho da cantora Cássia Eller, falecida, cuja disputa de tutela envolveu a companheira de Cássia, Maria Eugênia, e seu pai. A justiça, em princípio, concedeu a guarda

---

92 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148-149.

93 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

94 PRINCÍPIO do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ. *Site do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, 13 jun. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668)>. Acesso em: 04 jan. 2013.

provisória a Maria Eugênia, e posteriormente fez-se um acordo em que esta passava a ser tutora de Chicão. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>95</sup>, a respeito desse caso:

Garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceito que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor. [...]

Tal discussão originou-se da condição de homossexual da cantora, que vivia com sua companheira, Maria Eugênia. [...] O que era melhor para Chicão: ficar sob os cuidados da companheira da mãe, com quem convivia diariamente e tinha com ela um vínculo familiar, ou com seu distante avô? Afinal, quais as consequências desta convivência para a vida da criança? A homossexualidade da mãe e de sua companheira poderia influenciar maleficamente na formação fisiopsíquica da criança? Além disso, pela ordem de preleção do então Código Civil de 1916 e depois repetido no art. 1.731 do Código Civil de 2002, os avós, por indicação legal, seriam os tutores do menor.

O melhor para Chicão, então, foi considerado permanecer com quem já tinha laços afetivos. No contexto, apesar de não se negar que a família consanguínea tenha as condições necessárias para cuidar da criança, avalia-se também o vínculo socioafetivo, a adequação a uma rotina já existente e na qual a criança já está adaptada e se desenvolvendo de maneira saudável. É o que se disse anteriormente sobre levar-se em consideração questões sociais, psíquicas, físicas, em que se encontre o menor na determinação do que venha a ser o seu melhor interesse. Mudar a sua rotina pode trazer consequências prejudiciais, quando já há o trauma da perda da mãe.

E aí se pode visualizar que a maleabilidade do princípio, que não traz concepções pré-determinadas, trabalha com os interesses que se sobrepõem, aqueles que permanecem ainda que “contrariem” as regras, uma vez que se tratam de “mandados de otimização”, que autorizam a justiça acima da legalidade. “É o intérprete, por intermédio de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor”.<sup>96</sup>

É necessário que o juiz tenha muita cautela quando se trata de criança e adolescente. E essa é a grande contribuição da Doutrina da Proteção Integral, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais gerais e específicos da criança e do adolescente. E ainda mais especificamente do princípio do melhor interesse, que possibilita a avaliação da situação fática em que se encontra o menor para a realização de seus direitos.

---

95 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158-159.

96 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 163.

### 1.4.2.3 Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar também é um princípio que ganhou destaque nos últimos anos. Além de ser um dos três pilares da Doutrina da Proteção Integral, revelando a sua fundamentalidade perante o desenvolvimento da criança e do adolescente na sociedade, é direito fundamental esculpido na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 227, e também encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 4º, 16, inciso V, e 19, dentre outros dispositivos em que é mencionado.

Conforme Paulo Lôbo<sup>97</sup>:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como presença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Essa descrição de Paulo Lôbo vem ao encontro do tema alienação parental. Em um ambiente no qual ocorre a alienação (esclarecida em capítulo específico), a restrição da convivência é um modo de ataque, e prejudica em primeira instância a criança ou o adolescente. Acaba-se construindo um espaço de insegurança, deixando o menor sem possibilidade de plena manifestação e interação, em função da restrição do seu espaço de convivência.

Ensina a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta<sup>98</sup> que:

A proximidade, a intimidade, a confiança e a segurança que uma criança desenvolve pelas pessoas e especialmente em relação aos genitores dão-se também por conta do que ocorre na convivência diária, no tempo despendido junto a ela, no carinho a ela proporcionado, na paciência com ela demonstrada, enfim, na troca afetiva e nos cuidados a ela dispensados diariamente.

Conviver é importante na criação dos vínculos, no estabelecimento de laços de afeto e de confiança da criança e do adolescente.

Quando se diz que a convivência compõe um dos princípios fundamentais do Direito

---

97 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

98 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 107.



das Famílias, principalmente com relação às crianças e aos adolescentes, é porque além de estar contida na Constituição, sua amplitude é internacional, fazendo parte da Convenção dos Direitos da Criança, que estabelece a Doutrina da Proteção Integral. Além disso, abrange o próprio poder familiar. É na convivência que se consolida o estado de filiação. E, apesar disso, esse princípio também pode abranger relações com outros parentes, já que pode considerar os valores e costumes daquela família em que será aplicado e dizer respeito aos avós, ou aos tios, por exemplo.<sup>99</sup>

A convivência familiar vem acompanhada da ideia de convivência comunitária, ambas são importantes no processo de formação da criança e do adolescente, e por isso constam como garantia fundamental. Kátia Regina Maciel diz que “[...] conviver em família e na comunidade é sinônimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de um ser em formação. Afastamento do núcleo familiar representa grave violação do direito à vida de um infante.”<sup>100</sup> A autora analisa a convivência sob o enfoque do menor, em que se discute guarda por terceiro ou adoção, no sentido de que deve prevalecer ele na família de origem, ou de modo que possa com ela conviver. O que não quer dizer que não se aplique a outras situações.

Conviver é fundamental à vida de qualquer criança ou adolescente, mesmo quando as disputas se encontram na esfera da conjugalidade, porque aos pais cabe o dever de garantir esse livre trânsito dentro da família. O acolhimento dos avós, a atenção dos tios, a interação com os primos, o carinho dos padrinhos, o suporte dos pais, estabelecem o cenário saudável para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que se encontra num “lugar seguro” (apesar disso não ser uma regra).

#### *1.4.2.4 Princípio da Paternidade Responsável*

O princípio da paternidade responsável está expresso no artigo 226, parágrafo sétimo da Constituição Federal, bem como se encontra implícito no artigo 227.<sup>101</sup> Compõe-se, por

---

99 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

100 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar, p. 67-79. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 76.

101 Constituição Federal Brasileira de 1988:

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

[...]

exemplo dos deveres relativos à parentalidade, ou, de forma ainda mais clara, nos deveres decorrentes do poder familiar. É dever de ambos os genitores, e está de certo modo inserido em todos os princípios já vistos anteriormente.

A paternidade, a maternidade, a adoção, bem como a tutela, conferem ao responsável pelo menor o dever de prover-lhe o bem-estar. Para isso “a família deve outorgar aos filhos, havidos do casamento ou não, todos os meios, para o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e intelectuais”<sup>102</sup>.

Este princípio tem como objetivo registrar que gerar uma criança requer responsabilidades. Atenta para o fato de que apesar de o Estado estar obrigado a proteger a família, o seu planejamento e gestão são conferidos aos adultos, pais ou mães.

---

§ 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.

[...]

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.”

102 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

## 2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema protetivo da criança e do adolescente sofreu algumas alterações ao longo dos anos. Saiu-se da condição de subordinação para a de sujeito de direitos, assegurados prioritariamente.

A Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>103</sup>, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, em curtas linhas, no seu preâmbulo, cria um panorama da conquista de espaço da criança no cenário internacional:

Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança,<sup>104</sup>

Como se pode perceber, um longo percurso foi traçado até os dias de hoje. E as conquistas nacionais somente se consolidaram após a Constituição Federal de 1988.

Para Luiz Edson Fachin<sup>105</sup> esse foi um processo de reconhecimento progressivo:

Poucas décadas depois da vigência do Código Civil, a legislação dos anos 40, passando pelo Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispôs sobre a organização e proteção da família, marcou presença com a Lei nº 889, de 21 de outubro de 1949, permitindo o reconhecimento de certos direitos aos filhos adulterinos. Mais tarde, alguns dispositivos da Lei do Divórcio ampliaram esse leque de direitos. Nada obstante, mudança ímpar e expressiva se deu com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 29 de março de 1990), o qual, superando o então vigente “Código do Menor”, abriu as portas para um verdadeiro horizonte jurídico em favor da filiação. Neste se insere, ainda, com destaque, a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que em essência regulou a averiguação oficiosa da paternidade. (NR)

A Constituição de 1988, no parágrafo 6º do artigo 227, reconhece a igualdade dos filhos e abre campo para a vinda do Estatuto da Criança e do Adolescente, protetivo,

---

103 Por criança entenda-se criança e adolescente, já que a Convenção, em seu artigo 1º, considera criança todo ser humano menor de dezoito anos de idade.

104 BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 06 jan. 2013.

105 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-200.

considerado “[...] uma das legislações mais avançadas do mundo na área da infância e da juventude, embora diversas questões dificultem a sua integral aplicação”<sup>106</sup>. Deixando para traz o autoritarismo e a despreocupação do Código de Menor (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979)<sup>107</sup>, que, de acordo com o seu artigo 1º, cuidava da assistência, proteção e vigilância dos menores **em situação irregular**.

A Carta Magna brasileira se ante veio à Convenção sobre os Direitos da Criança (de 20 de novembro de 1989), da ONU, mas auxiliou na incorporação da Doutrina da Proteção Integral ao Estatuto da Criança e do Adolescente,<sup>108</sup> através da sua ideia de proporcionar à criança uma proteção especial, capaz de garantir que ela possa ser preparada para uma vida independente dentro da sociedade. Tudo vislumbrando o seu bem-estar.<sup>109</sup>

Sabe-se das dificuldades que, mesmo diante desse respaldo legal, se tem em garantir a todas as crianças e adolescentes que seus direitos fundamentais sejam efetivados,<sup>110</sup> mas, ainda assim é preciso que se publicize o Direito, de modo que mais pessoas saibam sobre tais direitos e mais eles possam ser incorporados à cultura da sociedade.

É nesse sentido que, em princípio, cumpre esclarecer quais os institutos componentes dessa proteção da infância e adolescência dentro do Direito Civil brasileiro.

---

106 CIRNE, Ana Cristina Ferrareze. A criança, sua família e a sociedade: tempo de reencontro. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id594.htm>> Acesso em: 26 dez. 2012.

107 CIRNE, Ana Cristina Ferrareze. A criança, sua família e a sociedade: tempo de reencontro. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id594.htm>> Acesso em: 26 dez. 2012.

108 O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), constituinte das Nações Unidas (ONU), criado em 11 de dezembro de 1946, com a finalidade de auxiliar na reconstrução europeia pós Segunda Guerra Mundial, e prestar assistência às crianças e aos adolescentes da Europa, Oriente Médio e China, no sentido de assegurar seus direitos humanos fundamentais, incorporou o Brasil nas suas atividades em 1950, quando decidiu ampliar sua atuação a outros países. Ele participou ativamente da mobilização para a aprovação da Constituição de 1988, no que concerne, principalmente, ao artigo que resguarda os direitos da infância e da adolescência, e, também, da facilitação do processo de debate, redação e aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL. Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br/>>. Acesso em: 26 dez. 2012; BRASIL. Nações Unidas no Brasil. Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/unicef/>>. Acesso em: 26 dez. 2012.).

109 BRASIL. Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 20 nov. 1989. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2012.

110 CIRNE, Ana Cristina Ferrareze. A criança, sua família e a sociedade: tempo de reencontro. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id594.htm>> Acesso em: 26 dez. 2012.

## 2.1 Poder Familiar

Luiz Edson Fachin<sup>111</sup> entende os filhos como sujeitos da relação parental. A eles se destina o exercício do poder familiar, que na verdade não seria para ele um poder mas sim uma relação de autoridade exercida em igualdade de condições por homens e mulheres, conforme o parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição. Ele afirma:

Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais.

Diante da constatação feita por Fachin, que demonstra a importância que o autor confere à autoridade parental, o que seria o poder familiar no Direito de Família?

O poder familiar advém do chamado pátrio poder, a *patria potesta* originada em Roma, que dizia respeito aos poderes exercidos pelo *paterfamilias*, a autoridade familiar, sobre os *filiifamilias*, demais membros da família romana. Ao contrário do que hoje em dia significa, o pátrio poder conferia poderes absolutos ao *pater*, que o legitimava a governar o lar da maneira que entendesse melhor, podendo vender, castigar ou matar, dentre outras atitudes consideradas por José Carlos Moreira Alves como semelhante a ações despóticas<sup>112</sup>. No entanto, isso foi gradativamente sendo alterado frente as mudanças no ambiente social, que modificaram a família, suas funções e estrutura.<sup>113</sup>

Com a queda da ideia de uma autoridade parental única e absoluta dentro da família, principalmente em face do advento dos direitos humanos fundamentais, consolidados na legislação brasileira através da Constituição de 1988, a nomenclatura foi alterada para poder familiar, a fim de alcançar a ideia de uma família colaborativa, com membros que ao longo do

---

111 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223.

112 “Os poderes do *paterfamilias* sobre a pessoa dos *filiifamilias* são os seguintes: (a) o *ius vitae et necis*: o *paterfamilias* podia punir os *filiifamilias* como bem entendesse, inclusive com a morte; (b) o *ius noxae dandi*: quando o *filiifamilias* cometia ato ilícito (*delictum*) contra terceiro, o *paterfamilias* podia eximir-se da responsabilidade de indenizar a vítima entregando-lhe, como pessoa *in mancipio* (vide nº 86, B), o *filiifamilias* culpado; (c) o *ius uendendi*: podia o *paterfamilias* vender seus *filiifamilias*, que, no direito clássico, não se tornavam escravos do comprador, mas, sim, pessoas *in mancipio*; no direito pós-clássico, porém admite-se – tendo em vista a calamitosa situação econômico-social dessa época – que o *filiifamilias* vendido passe a ser escravo do adquirente; e (d) o poder de expor ou de manter os *filiifamilias* recém-nascidos.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 621-622)

113 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 621.

tempo adquiriram direitos iguais, dentro das suas peculiaridades (como é o caso das crianças, mencionadas no artigo 227 da Constituição Federal, que devem ser tratadas com “absoluta prioridade”), e ganharam um importante papel dentro do núcleo familiar, antes relegado ao poder do homem que comandava — a exemplo das mulheres, que, conforme o artigo 226, parágrafo 5º da Constituição, têm os mesmos direitos e deveres que os homens dentro da sociedade conjugal.

Não se pode desconsiderar, contudo, que esta evolução é resultado de um processo ao longo do tempo. Sílvio Rodrigues<sup>114</sup> oportunamente lembra que foi a Lei nº 4.121 de 1962 que deferiu o pátrio poder a ambos os pais.

Atualmente o poder familiar é tratado como um **poder-dever** (educativo e levemente corretivo, assim como defende José Carlos Moreira Alves<sup>115</sup>) conferido aos pais em relação a seus filhos menores (artigo 1.630 do Código Civil), provindos de que origem for - naturais nascidos do casamento, da união estável, de um relacionamento ocasional, da adoção, ou de inseminação -, já que de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, e no Código Civil, em seu artigo 1.596, é expressa a igualdade entre os filhos. Ou seja, o poder familiar de hoje, não é absoluto, está submetido a regras estabelecidas em lei, e sob a fiscalização do Estado.

A referida menoridade diz respeito ao exercício da capacidade para os atos da vida civil. Incapaz absoluta ou relativamente, a pessoa, criança ou adolescente, encontra-se sob o poder familiar até os dezoito anos, quando adquire a capacidade plena e não necessita de quem o represente ou assista. É o que diz os artigos 1º ao 5º do Código Civil com as especificidades nesses registradas.

Nessa esfera o poder familiar compõe-se de um conjunto de direitos e obrigações que se modificaram ao longo do tempo.

### ***2.1.1 O poder familiar no Direito das Famílias atual***

Conforme já dito, Luiz Edson Fachin discorda que se trate de um poder, mas entende

---

114 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 252.

115 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 621.

esse conjunto de direitos e obrigações como resultado da autoridade exercida pelos pais em relação aos filhos, ou por aqueles por ele responsáveis – na falta dos pais.<sup>116</sup>

A autoridade, portanto, não é algo ilimitado e desarrazoado, mas uma condição dos pais na condução dos filhos como pessoas em desenvolvimento. E é nesse sentido que Rizzardo<sup>117</sup> completa tal raciocínio dizendo que:

Diante de tais prolegômenos, pensa-se que **o poder familiar, mais que um poder, constitui-se de uma relação, ou do exercício de várias atribuições, cuja finalidade última é o bem do filho.** [...]

[...]

Nesta ordem de colocação do instituto, pode-se ir além e dizer que se trata de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir a abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão somente um encargo, ou um *munus*, mas um encaminhamento, com poder para impor uma certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. **Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.** (grifou-se)

Através dessa ótica é possível afirmar que o poder familiar, ou a autoridade parental, é um instituto com sentido amplo. Isto porque o papel daquele que o exerce não é restrito, passa pelo sustento material, por proporcionar amparo moral e emocional, educação e tudo o mais que garanta o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Com características de *munus* público, irrenunciável, indisponível ou inalienável e intransmissível, o exercício do poder familiar objetiva basicamente:

[...] **o desenvolvimento sadio e equilibrado do menor** por meio de uma adequada formação, **tanto do ponto de vista da educação formal** obtida na escola **como, também, de formação humana obtida em todos os grupos sociais que a criança ou o adolescente participa, notadamente no seio familiar.**<sup>118</sup> (grifou-se)

Depreende-se tal entendimento da leitura de três dispositivos jurídicos fundamentais ao estudo proposto, o Código Civil, em seu artigo 1.634, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, e a Carta Magna de 1988, como orientadora das relações familiares, no que tange aos artigos 227 e 229. A doutrina tem nesses os pilares de seu entendimento.

Além disso, cumpre destacar que, com relação às suas características: (a) na

---

116 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223.

117 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 536 e 537.

118 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

condição de *munus* vai além do interesse pessoal, privado; (b) a sua irrenunciabilidade não impede a destituição do exercício do direito quando fora dos parâmetros legais; (c) inalienabilidade é insuscetibilidade de transferência; (d) além de ser imprescritível.<sup>119</sup>

Pontes de Miranda<sup>120</sup> tem um conceito bastante interessante deste instituto, que, embora ainda se utilize do antigo termo pátrio poder, propõe uma visão ampla do que vem a ser o atual poder familiar:

O pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida. A expressão “poder” tem sentido de exteriorização do querer, não de imposição e violência.

Tal conceito só não se pode considerar completamente atual porque ainda leva em consideração o antigo Código Civil, de 1916, que coloca a mulher em segundo plano e o homem como autoridade primeira do seio familiar. Para ele, com base na legislação vigente à época, a mulher não tinha o pátrio poder, a menos que o filho não fosse reconhecido pelo pai, ou o pai fosse morto.<sup>121</sup> O que não se aplica hoje em dia, em que constitucionalmente são garantidos direitos e obrigações iguais a homens e mulheres, dentro ou fora da sociedade conjugal (inciso I do artigo 5º, e parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988).

Com relação ao exercício do poder familiar, com a equiparação entre homens e mulheres houve uma significativa mudança. O exercício do pátrio poder se dava da seguinte maneira:

Na constância do casamento válido, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e na falta ou impedimento dele, a mulher (art. 380). O desquite litigioso não altera o pátrio poder; apenas os filhos menores ficam com o cônjuge inocente; se ambos são culpados, a mãe tem direito de conservar em sua companhia as filhas enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos, quando serão entregues à guarda do pai. É o que resulta do sistema do Código Civil [de 1916], principalmente do art. 381: “O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (art. 326 e 327)”. O juiz pode regular de maneira diferente a bem dos filhos, a situação deles, em caso de desquite, isto é, entregá-los todos à mãe, ou ao pai, ou fazer outra qualquer distribuição (art. 327). Adiante, n. 6. No desquite amigável, os cônjuges acordam sobre os filhos e quanto ao sustento, porém não podem eles modificar o pátrio poder.<sup>122</sup>

---

119 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 225.

120 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 105-106.

121 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 113-114 e 117.

122 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 113-114



Este tratamento não é o aplicado atualmente. Primeiro porque a Constituição Federal, conforme já foi dito, confere direitos e deveres iguais a homens e mulheres, dentro e fora da sociedade conjugal. Segundo porque o Código Civil de 2002, atual, em seus artigos 1.630 a 1.638, reserva um capítulo especial para tratar do poder familiar, destacando que este é conferido a ambos os pais<sup>123</sup>, exceto na sua falta ou impedimento, e ainda que separados de fato, judicialmente, divorciados, ou aqueles que embora reconhecendo o filho com ele não conviva ou nunca convivera. Além de outras disposições relativas ao poder familiar tal como a do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores, por exemplo, contida nos arts. 1.689 a 1.693.

Há que se observar, no entanto, que mesmo possuindo o poder familiar, na prática o que se evidencia nas relações diferenciadas, como destacadas no parágrafo anterior, é o seu exercício. A criança que só tem um dos genitores reconhecido tem nele a figura que exerce o poder familiar. O casal que vive sob o mesmo teto atua diretamente na vida do filho, e os que não coabitam têm um exercício parental diverso. Isto porque, neste caso, um deles será o principal responsável, enquanto ao outro cabe o direito de convivência.<sup>124</sup> É uma diferença sensível, que se revelará na prática, nas obrigações do dia a dia, o que não retira direitos nem os impossibilita. O ajuste da convivência e das obrigações diárias é determinado por ambos os genitores, ou judicialmente — se estes não conseguem dialogar e entrar num consenso.

Cumprido lembrar que o adotado é filho, equiparado constitucionalmente aos demais (parágrafo 6º artigo 227 da Constituição Federal).

Estabelecido o conceito e a esfera em que se encontra, o próximo passo para compreensão desse instituto é identificar as competências dele advindas. O art. 1.634 do Código Civil traz em seu texto um rol exemplificativo e fundamental destas competências. Exemplificativo porque não se exaure nos seus incisos. *In verbis*:

- 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

---

123 Da mesma forma como destaca o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

124 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

idade e condição.

Sem dúvida cabe aos pais, além das competências acima transcritas, garantir para que seus filhos tenham seus direitos fundamentais protegidos. E no sentido de reforçar a importância disso é que se tem o Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 —, que inclusive descreve cada direito fundamental, e as garantias que lhes são atribuídas. São direitos: à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção no trabalho; e outras disposições protetivas.

Sendo assim, usando as informações já trazidas, e o que diz Paulo Lôbo<sup>125</sup> e Arnaldo Rizzardo<sup>126</sup>, entende-se por **poder familiar**, o conjunto de direitos e obrigações, conferidos como *munus* público aos pais que, no exercício da autoridade parental sobre os filhos, o praticam sob o interesse destes, de forma irrenunciável, à exceção dos casos de colocação à adoção voluntária, e com o objetivo de orientá-los, guardá-los, protegê-los e educá-los, preparando-os para a vida em sociedade, e gerindo seus bens até que estes completem a maioridade ou sejam emancipados.

Não se trata mais de um “**poder – sujeição**” mas um **poder-dever** dos genitores na busca pela promoção das potencialidades dos filhos.<sup>127</sup> Porque o valor maior, neste caso, são as pessoas, seus interesses e direitos. Por isso, destaca-se que:

**Diante do poder familiar é necessário notar que o valor central de referência é sempre a pessoa.** À sua tutela, da pessoa, é que é direcionada a avaliação normativa da família e, também, o reconhecimento dos direitos fundamentais que, aliás, devem ser entendidos, em relação aos chamados direitos da personalidade, como categoria necessariamente aberta, não limitada às previsões legislativas e, portanto, tipificadas.<sup>128</sup> (grifou-se)

Tudo isso é importante para introduzir o assunto “guarda”, e deixar claro que há um âmbito maior de poder-dever dentro da família que não se acaba com a simples separação do casal, e não lhe é retirado a menos que seja por um motivo determinado judicialmente (artigo 1.638 do Código Civil) ou pelos demais casos do artigo 1.635 do Código Civil (morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade do filho, ou sua adoção). **As relações de marido e mulher acabam, mas entre pais e filhos não.** E, nesse sentido, é preciso que haja

125 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

126 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 538.

127 PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 243-273 *apud* FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

128 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

consciência de que existe uma grande responsabilidade envolvida quando numa relação estão envolvidas crianças e adolescentes.

Rizzardo<sup>129</sup> muito bem expõe que:

**Nos casos de separação judicial, divórcio e dissolução de união estável, os filhos ficam na guarda de um dos progenitores. Ao outro é reservado o direito de visita. Não há, porém, relativamente a este, a perda, e nem sequer a suspensão, do exercício do poder familiar.** Os progenitores deverão concordar nas questões que dizem respeito aos filhos.

[...]

**Prosseguem ambos os genitores, após a separação, titulares do pátrio poder. Os direitos e deveres que o compõe, entretanto, é que se distribuem entre os genitores, até porque seria impossível o exercício conjunto de todos os direitos componentes do feixe, à ausência de lar comum.** (grifou-se)

São os ajustes da própria convivência que exigem que as atribuições sejam repartidas, embora o direito - dever sobre elas permaneça de ambos os responsáveis. É nesse momento que se determina a guarda e aquele que terá o direito de visita, o qual se entende melhor nomeado como direito à convivência.

Cumprе salientar que a lei civil esclarece que na divergência dos pais estes podem procurar a justiça para sanar a discordância (artigo 1.631), mas não é demais externar que tal disposição não exige os pais de conduzir a vida do filho. São eles, os pais, que sabem as melhores escolhas, e a eles cabe, prioritariamente, tomar as decisões de forma sadia e conjunta. É claro que, por vezes, numa separação isso pode vir a ser complicado, mas, ainda assim não se pode desconsiderar o bem da criança ou do adolescente. A responsabilidade parental é princípio exposto na Constituição Federal, artigo 226, parágrafo 7º.

O poder familiar, apesar de dizer respeito a uma relação que não se acaba, que é a de pai, mãe e filho, tem fim naturalmente com a morte do filho ou dos pais, com a emancipação, pela maioridade, pela adoção ou através de decisão judicial (artigo 1.635 do Código Civil).

**A autoridade parental, então, pode ser suspensa, destituída ou extinta.** A suspensão é condição temporária e admite reintegração (a exemplo da ocorrência de abuso de poder, que pode configurar causa de suspensão). A destituição, em contrapartida, é definitiva.<sup>130</sup>

A **decisão judicial de extinção** pode ocorrer por castigos imoderados<sup>131</sup> ao filho, abandono (que está entre os crimes contra a assistência familiar contidos nos artigos 244 a

129 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 540.

130 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 225.

131 É preciso uma reflexão a respeito do que seriam “castigos moderados”? Não se estaria de qualquer maneira validando a violência?

247 do Código Penal), prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, ou quando o juiz entender cabível a extinção face a reiterada: falta relativa aos deveres inerentes à autoridade parental, dilapidação do patrimônio do filho pelos pais ou, ainda, condenação irrecorrível dos pais por crime com pena maior de dois anos (artigos 1.638 e 1.637 do Código Civil)<sup>132</sup>. Estes três últimos requisitos, a princípio, são causas de **suspensão** do poder familiar, que podem extingui-lo se cometidos de forma recorrente.

Atitudes protetivas, relativas à educação e criação da criança ou do adolescente, nem sempre são motivos para suspensão ou perda do poder familiar, é a razoabilidade ou proporcionalidade que determinarão a distinção entre cuidado e descumprimento do dever maior do poder familiar que é a proteção do menor. Note-se que na interpretação dos deveres apresentados pelo Código Civil, a doutrina estabelece que:

Com base nesse direito-dever dos pais no exercício do poder familiar, eles podem tomar medidas para que os menores não frequentem determinados locais que lhes possam ser prejudiciais, bem como em horários impróprios para a sua idade, passando ainda pela limitação ou fiscalização do uso do telefone e da Internet.<sup>133</sup>

A **suspensão** é temporária, como ela é resultado de uma causa, cessada esta, o poder pode ser restabelecido. Reflete a impossibilidade de exercício, como se depreende do artigo 1.637 do Código Civil, que fala em condenação por crime com pena de até dois anos, de sentença já transitada em julgada. Na suspensão permanece o direito, o que se modifica é o exercício. Diferente do que acontece na perda, ou destituição do poder familiar, permanente, em que “resta demonstrada a incapacidade do pai, ou da mãe [daquele que detém o poder familiar], em exercer os poderes-deveres” decorrentes do seu exercício.<sup>134</sup>

A alienação parental se evidencia nesse momento da responsabilidade parental, que descumprida através de castigos imoderados, maus-tratos, extrapolação do dever de

---

132 Código Civil de 2002:

“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.

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.”

133 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

134 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29-30.

obediência e correção, abandono material e moral, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, afeta negativamente o desenvolvimento de crianças e adolescentes, objetivando o afastamento do menor do convívio com genitor ou outro parente.<sup>135</sup>

No geral essas questões encontram-se principalmente no contexto da guarda, assim como será apresentado posteriormente. A guarda é uma das atribuições do poder familiar, como se pode notar no artigo 1.634, inciso II do Código Civil. Seu entendimento é fundamental para o tema em análise.

## 2.2 Guarda

No geral é em disputas de guarda e definição dos períodos de convivência que surgem os comportamentos falhos, as críticas, os questionamentos sobre cuidados e educação dos filhos, sobre os valores morais e a sanidade do ex-companheiro.<sup>136</sup>

A guarda é um instituto que merece ser tratado com todo o cuidado pelo mundo jurídico, principalmente porque envolve pessoas ainda em desenvolvimento, crianças ou adolescentes. Trata-se, pois, de um direito - dever<sup>137</sup> conferido ao pai, à mãe, ou a um terceiro, com relação a um menor, decorrente do próprio exercício do poder familiar, como é possível perceber nas disposições do Código Civil brasileiro, artigo 1.634<sup>138</sup>.

Com a ressalva de que a autoridade parental, ou o poder familiar, pode permanecer

---

135 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

136 SOUSA, Analicia Martins de. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 40.

137 “[...] não se pode arrear a inserção da guarda no instituto do *cuidado*, intimamente ligado ao fundamento constitucional da *dignidade da pessoa humana*, constituindo *direito e dever dos pais*.” (DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coordenadores). *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 05)

138 Código Civil de 2002:

“Seção II

Do exercício do poder familiar

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

I – dirigir-lhe a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

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

IV – nomear-lhe 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 16 (dezesesseis) 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.”

com os pais, e a guarda, que diz respeito aos deveres para com a criança ou adolescente, não ser exercido por eles mas por um terceiro.<sup>139</sup>

É, basicamente, um “direito natural dos genitores”<sup>140</sup>, que enquanto convivem, sejam casados ou numa união estável, mantém ambos na guarda dos filhos.

A especial atenção que merece a criança e o adolescente tem respaldo na Constituição Federal, especificamente em seu artigo 227, que no *caput* determina que o tratamento a eles dispensado tem absoluta prioridade. Contudo, a guarda propriamente dita é objeto de disposição mais detalhada no Código Civil, em seus artigos 1.583 a 1.590, e no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 33 a 35. Tais artigos estabelecem que a guarda é a regularização da posse<sup>141</sup> de fato da criança ou adolescente, que obriga o guardião a prestar assistência material, moral e educacional, e lhe permite opor-se a terceiro em favor do menor. É o guardião quem administrará a vida da criança ou do adolescente, o terá consigo, e presará pelo seu bem-estar e sua dignidade.

Ainda de acordo com o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>142</sup> é possível depreender que uma das atribuições do guardião é representar a criança ou o adolescente, por exemplo, quando há necessidade de se requerer pensão alimentícia<sup>143</sup>, ou é a

---

139 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 240.

140 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

141 O termo “posse” talvez não seja a melhor forma de definir o que seria a guarda, mas talvez um direito à coabitação. Posse remete a coisa, objeto, tratamento que era conferido aos filhos há muito tempo atrás, e que não cabe atualmente, aonde o contexto social e a dinâmica jurídica são outras.

142 Estatuto da Criança e do Adolescente:

“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.

§ 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.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.”

143 Ambos os pais têm a mesma responsabilidade sobre o filho, e não seria diferente com relação ao sustento e assistência do mesmo, tais tem a contribuição de ambos. O pedido de alimentos somente ao não guardião se dá pela necessidade do filho e a obrigação do pai de prestar-lhe assistência, já que este não está na sua “posse” ele tem que prover assim como o outro que o detém. É baseado na ideia de que o guardião lhe dá casa, comida e tudo o mais que ele precise, e que o pedido de alimentos é feito ao não guardião, que também tem o mesmo dever, porém não teria como fazer isso no dia a dia de forma mais direta como o guardião (art. 1.694, § 1º, 1.695 e 1.703 do Código Civil)

ele que cabe entrar com ação de busca e apreensão se alguém permanece com a criança sem sua permissão ou autorização judicial. Podendo, portanto, ser conferido o direito a um guardião terceiro de opor-se aos pais.

Sob esse aspecto um conceito bem objetivo de guarda seria o que escrevem os professores Fabiana e Theobaldo Spengler<sup>144</sup>:

O conceito de guarda passa, invariavelmente, pelo fato de que ela se **constitui em um dos deveres que integram o conteúdo do poder familiar**, que, por sua vez, compreende os **deveres de ordem jurídica que se impõe aos pais com relação aos seus filhos e a administração de eventual patrimônio que esses possuam**. (grifou-se)

Não é fácil distinguir em princípio a diferença nas atribuições da guarda e do poder familiar, pois, de certo modo, elas se confundem, por se tratarem basicamente dos deveres e direitos dos pais para com seus filhos. As peculiaridades da guarda, contudo, referem-se a quem a deterá em detrimento de quem. Isto porque pode ocorrer com pais que nunca conviveram, que se divorciaram, ou mesmo com relação a um terceiro, em geral da família, quando por motivos graves o juiz verificar que a guarda não deve ser conferida aos pais, observando-se a relação de afinidade e afetividade da criança com o terceiro.<sup>145</sup>

Guarda no dicionário significa: “[...] **2** Cuidado, vigilância a respeito de alguém ou de alguma coisa. **3** Abrigo, amparo, benevolência, cuidado, favor, proteção. [...] Em guarda: em atitude de defesa.”<sup>146</sup>

A guarda no Direito de Família é a atribuição do dever de cuidar e vigiar o filho a um dos pais, ou a terceiro, face a impossibilidade daqueles. Tal cuidado e vigilância são responsabilidades de ambos os pais, mas, especialmente na guarda se refere àquele que mantém a criança ou adolescente consigo em residência. Sendo, então, o guardião, aquele que ficará responsável, imediatamente, pelas questões cotidianas daquele que tem em guarda.

Para o momento o que importa a este estudo é com relação à criança e ao adolescente, mas não deixa de ser relevante deixar destacado que as disposições relativas à guarda também são cabíveis aos maiores incapazes, assim como determina o artigo 1.590 do Código Civil.

---

144 SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 76.

145 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

146 GUARDA. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=guarda>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

### ***2.2.1 Direitos e deveres advindos da guarda***

Da guarda advêm alguns direitos e deveres, por exemplo: usufruto e administração dos bens do menor (artigos 1.689 e seguintes do Código Civil), direito de visita (artigo 1.589 do Código Civil), tal qual sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil).<sup>147</sup>

No momento da ruptura do vínculo conjugal, por exemplo, há determinação de guarda quando o casal possuir filhos menores. Neste caso, passarão a viver em casas diferentes e será preciso deixar claro com quem ficará o menor e quem terá o direito de “visitá-lo”. Isto quer dizer que a definição da guarda não tem o condão de afastar a criança ou adolescente do outro genitor, ou de ambos, se a guarda for dada a terceiro.

Inclusive, cumpre lembrar que a guarda não deve ser considerada definitiva. Conforme Fabiana e Theobaldo Spengler<sup>148</sup>: “[...] Seu deferimento não determina a extinção ou perda do poder familiar, uma vez que não disposta no art. 1.635 do CC, que elenca como motivos: a morte dos pais, a emancipação, a maioridade, a adoção, ou a determinação judicial baseada no art. 1.638 do mesmo diploma”.

O divórcio e o novo casamento, então, bem como a união estável e seu término, não retiram dos pais o direito de ter seus filhos consigo, exceto se provado que eles não são tratados de forma adequada (artigo 1.588 do Código Civil).<sup>149</sup>

A guarda, contudo, objetiva atender ao melhor interesse da criança, que na separação dos pais - ou já desde seu nascimento, com pais que não vivem juntos, por exemplo - precisam da segurança de um lar, e de quem administre sua vida, e não a incerteza de ser jogado para lá e para cá entre as casas dos pais.

Uma criança precisa saber que pode ter uma residência fixa, mas conviver com ambos os seus genitores, bem como com demais membros da família, como avós, tios, e outros. É assim que ela estabelece seus referenciais de vida. Há, contudo, a possibilidade de que a criança se divida entre morar com um e outro genitor, o que será explicitado

---

147 SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77.

148 SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 82.

149 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.



posteriormente quando for tratada a guarda alternada, bastante confundida com a guarda compartilhada, de maior amplitude.

Mas, antes de entrar nas formas específicas de guarda, é preciso compreender a história legislativa que as originou.

### ***2.2.2 Evolução legislativa***

A evolução legislativa relativa à guarda seguiu a própria evolução do papel do filho na família, sua aquisição de um espaço como sujeito de direito.

A princípio se tinham as regras do Código Civil de 1916 (artigos 325 a 329) que tratavam da proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, e consideravam como fator de estabelecimento da guarda a culpa pela separação. Os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. Se, contudo, ambos fossem culpados, as filhas ficavam com a mãe e os filhos somente até os seis anos, quando, então, eram entregues ao pai. O juiz só julgava diferentemente se entende-se que era o melhor para os filhos.

Em 1962 o Código Civil de 1916 sofreu alteração do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962), com relação aos casos de morte de um dos cônjuges, anulação de casamento e desquite. Mantinha-se a guarda dos filhos menores com o cônjuge inocente, mas na culpa de ambos não mais se distinguia entre filhos e filhas, com pai e mãe, a guarda era dada à mãe, um visível fortalecimento da mulher<sup>150</sup>. Além disso, o Estatuto supra incluiu o texto do parágrafo 2º do artigo 326, que dispunha que:

Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.<sup>151</sup>

Posteriormente, os citados dispositivos do Código de 1916 foram revogados pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, mas que na prática alterou pouco o texto dos artigos, acrescentando de fato as normas dos artigos 11, 12, 15 e 16. Nesse momento a guarda era conferida preferencialmente ao cônjuge inocente na separação, e

---

150 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330-331.

151 BRASIL. Código Civil de 1916. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm)>. Acesso em 30 jan. 2012.

quando não sob a justificativa de ser o melhor aos filhos.<sup>152</sup> O que era um indício da abertura que começava a surgir para atender ao melhor interesse da criança, em vez de observar a priori a condição e interesse dos pais.

Na Lei do Divórcio, de 1977, a regra, da concessão da guarda era, ainda, determinada pelo estabelecimento da culpa na separação, e estava contida no artigo 10. Ou seja, o filho, ficava com aquele que não houvesse dado causa a separação, decorrente de conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento. Ou, no caso de nenhum dos dois ter condições, a guarda era concedida a quem fosse notoriamente pessoa idônea, preferencialmente um familiar (artigo 10, parágrafo 2º). O que não corresponde à realidade atual desde que a Constituição de 1988 identificou o “melhor interesse da criança” como direito fundamental, face à retificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU.<sup>153</sup> A alteração do texto do Código Civil de 2002, nesse aspecto, se deu face à inconstitucionalidade identificada na Lei do Divórcio após a promulgação da Constituição de 1988, mais precisamente no que tange ao *caput* do seu artigo 227.<sup>154</sup>

A justificativa dada por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>155</sup> para a culpa pela separação como requisito à concessão da guarda era que “presumia a lei que não podia ser bom pai, ou boa mãe, quem não se mostrou, *in tempore opportuno*, bom marido ou boa esposa.”. Além disso, a mulher era preferida para a guarda dos filhos menores porque “na companhia da mãe estariam os filhos mais bem assistidos que na do pai.”.

Considerar que indivíduos que não se deram bem numa relação de conjugalidade não serão bons pais não se aplica à realidade de hoje. Tal como também não se aplica dizer que o pai não tem condições de proporcionar uma boa criação e cuidado aos filhos menores, mas as mães sim. Isso se explica claramente após o advento da Constituição Federal de 1988.

Em 1988 promulga-se a atual Constituição Federal, considerada um marco para o Direito das Famílias, que determina a igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), abrangendo a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso, num capítulo que determina dentre outros: a existência da união estável e da família monoparental (um dos pais e seus filhos) como entidade familiar (artigo 226, parágrafos 3º e 4º); a igualdade de direitos e

152 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244-245.

153 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

154 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

155 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

deveres dos homens e das mulheres na sociedade conjugal (artigo 226, parágrafo 5º); a paternidade responsável como princípio fundamental do direito de família (artigo 226, parágrafo 7º); o tratamento prioritário às crianças e aos adolescentes (artigo 227) – com direitos básicos, inclusive à convivência familiar; a igualdade entre os filhos advindos de qualquer que seja a entidade familiar, e os adotados (artigo 227, parágrafo 6º); a solidariedade entre pais e filhos, no dever de assistência e amparo (artigo 229); e o tratamento digno às pessoas idosas, garantindo à família o seu bem-estar (artigo 230).

Todas essas disposições da Constituição são fundamentais à compreensão do funcionamento da família na atualidade, e, portanto, do instituto da guarda.

Em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) entrou em vigor (Lei nº 8.069/1990) com o objetivo de proteger de forma integral crianças e adolescentes (artigo 1º), e reservou uma parte de seu conteúdo à guarda, especialmente nos artigos 33 a 35, mas também foi mencionada em outros dispositivos. Nesses artigos, em especial, a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, fez alterações e inclusões no texto do ECA.

A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, trouxe a guarda compartilhada como mais uma possibilidade na proteção da pessoa dos filhos.

E mais recentemente a Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011, alterou o Código Civil e o Código de Processo Civil a fim de ampliar o direito de visita aos avós.<sup>156</sup>

É relevante destacar que antes dessa evolução legislativa as regras relativas à guarda eram aplicadas aos filhos provindos do casamento, hoje se aplicam a todos. Isto porque a Constituição de 1988 inseriu dispositivo que confere a todos os filhos tratamento igual (artigo 227, parágrafo 6º), como já mencionado no início do item que trata do poder parental. Apesar de Sílvia Rodrigues<sup>157</sup> dizer em seu livro que o Código Civil de 2002 manteve as disposições relativas à guarda decorrente da dissolução ou invalidade do casamento assim como ocorria no Código Civil de 1916, o que de fato ocorreu, ele se esqueceu de mencionar que o Código também deixou expresso, em seu art. 1.596, que aos filhos cabe o princípio da igualdade.

A partir de 2002, com a publicação do novo Código Civil brasileiro a ideia da culpa foi substituída pela observância e prevalência do melhor interesse das crianças e adolescentes

<sup>156</sup> Código Civil de 2002:

“Art. 1.589.[...] Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Código de Processo Civil:

Art. 888.[...] VII – a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós;”

<sup>157</sup> RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 243-245.

(artigo 1.584).<sup>158</sup> Trata-se de uma clara dissociação entre o papel conjugal e o parental.

Atualmente o principal valor da guarda é que seja ela “[...] estabelecida de maneira a resguardar tanto quanto se possa as vertentes de desenvolvimento da personalidade dos filhos, de modo que sejam salvaguardados seus direitos fundamentais, humanos e de personalidade”<sup>159</sup>.

É no capítulo relativo à “Proteção da Pessoa dos Filhos”, artigos 1583 a 1590 do Código Civil, que se delimitam as especificidades do instituto da guarda. Veja a seguir quais as possibilidades de guarda no Brasil.

### ***2.2.3 Tipos de Guarda***

O Código Civil estabelece em seu artigo. 1.583 dois tipos de guarda: a unilateral e a compartilhada.

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. [...] (grifou-se)

Há na doutrina, contudo, distinção da guarda em três tipos básicos: a exclusiva (ou unilateral), a compartilhada e a alternada.

A compreensão dessas modalidades é extremamente importante para a sua melhor aplicação, principalmente porque na prática, ainda há confusão entre o que venha a ser a guarda compartilhada e a alternada. Disso decorre alguma resistência ao acolhimento da guarda compartilhada, pela crença de que nela a criança ficará dividida entre duas casas, uma clara confusão com a alternada.

Ademais diz-se que o tipo de guarda contribui para o favorecimento ou não do processo de alienação parental.

---

158 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

159 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

### 2.2.3.1 Guarda Exclusiva ou Unilateral

A guarda exclusiva é aquela conferida a apenas um dos pais, ou a terceiro, conforme o parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil, a quem é conferido o direito de coabitar com a criança, o dever de responsabilizar-se pela sua vida, e de permitir a convivência com o outro.

De acordo com Paulo Lôbo<sup>160</sup>, ela ocorre por escolha dos pais ou quando inviável a guarda compartilhada. O autor diz:

A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil, e após a Lei nº 11.698/2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. No divórcio judicial convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio.

Paulo Lôbo<sup>161</sup> complementa, ainda, dizendo que este tipo de guarda era um resultado do sistema que antes considerava o interesse dos pais, e privilegiava aquele que não tinha culpa na separação. Situação alterada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que inseriu na atual Constituição brasileira o princípio do melhor interesse da criança como prevalente ao interesse dos pais.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>162</sup> esse tipo de guarda é a mais comum, porém priva a criança da convivência com um dos genitores, a quem é conferido o direito de visita, o autor completa dizendo que:

[...] Por essa razão a supramencionada Lei nº 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho.

Paulo Lôbo<sup>163</sup> é um pouco mais radical quando atribui à guarda unilateral a fatalidade da ocorrência da alienação parental, escreve ele que:

[...] A guarda unilateral estimula o que a doutrina tem denominado alienação parental, quando o genitor que não a detém termina por se distanciar do filho, ante as

---

160 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

161 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

162 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293.

163 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199.

dificuldades de convivência com este, máxime quando constitui nova família. Dada a preferência da guarda para a mãe, é crescente o número de famílias chefiadas por mulheres separadas, em que os filhos são privados da figura paterna, em prejuízo de sua formação e estabilidade emocional.[...]

Não se entende plausível, entretanto, expressar-se de maneira tão radical quanto a esse modelo de guarda. Não há como absolutizar o afastamento dos pais que não têm a guarda, considerando que até 2008 a guarda unilateral era a regra aplicada. Se regra era, muito natural era ambas as condições de guarda ocorrerem: ou se pedindo a guarda unilateral e, ainda assim, mantendo-se relações de pais e filhos saudáveis, ou ocorrer a alienação parental porque os pais não conseguiam se relacionar bem diante da grande mágoa restante do fim do relacionamento.

A exemplo cita-se caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pela improcedência de recurso no sentido de alterar a guarda de unilateral da mãe para compartilhada, tendo em vista que a guarda se mantinha muito bem como unilateral há anos, e na negativa da mãe em aceitá-la, embora o fato da recusa não restasse em impedimento do convívio do pai com o filho. Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. PRETENSÃO PATERNA DE GUARDA COMPARTILHADA. GUARDA UNILATERAL EXERCIDA PELA GENITORA. AUSÊNCIA DE CONSENSO. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. Se o genitor pretende maior participação na vida do filho, sua pretensão diz com o poder familiar, cujo exercício jamais lhe foi negado. Por outro lado, a guarda compartilhada não deve ser fruto de imposição do juízo, mas uma decorrência de acordo entre as partes. Logo, se as partes pactuaram a guarda unilateral há alguns anos, o que vem funcionando bem, e a genitora não concorda com a guarda compartilhada, não se deve alterar a situação atual, em observância ao melhor interesse do infante. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70041115916, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 15/09/2011)<sup>164</sup>

Do inteiro teor do acórdão se depreende que o Tribunal em questão não tem seguido a literalidade do § 2º do art. 1.584 do Código Civil por entender que a guarda compartilhada deve aplicar-se aos pais que tem relação harmoniosa, descabendo aplicá-la quando não há consenso, nem mesmo quando uma delas é contrária a sua determinação. Com relação ao caso destaca-se:

Consoante se depreende da decisão atacada, o juízo de origem afastou a pretensão em virtude da ausência de motivação para tanto. Afinal, o menino B. está

---

164 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70041115916 – RS. Apelante: J.S.. Apelado: A.A.V.. Relator: Des Alzir Felipe Schmitz, Passo Fundo, RS, 15 set. 2011. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70041115916&num\\_processo=70041115916&codEmenta=4353694&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70041115916&num_processo=70041115916&codEmenta=4353694&temIntTeor=true)>. Acesso em: 01 fev. 2012.

plenamente atendido sob a guarda da mãe, com ampla visitação paterna. Ademais, o próprio recorrente é taxativo ao afirmar que participa ativamente da vida do filho. Com efeito, o cotejo das alegações das partes e da avaliação psicológica realizada em junho de 2010 reflete que não há qualquer problema atual na criação de B. Contudo, a discussão judicial relativa à guarda do menino é que lhe trouxe evidente preocupação.<sup>165</sup>

A generalidade de que a guarda unilateral é maléfica acaba nublando o princípio que de fato importa, como se vê no caso mencionado, que é o melhor interesse da criança ou adolescente.

Além disso, é importante observar que, embora sem a guarda, o outro genitor tem “um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto” para com o filho sob a determinação do parágrafo 3º do artigo 1.583, que prevê que aquele que não detém a guarda tem a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos.<sup>166</sup> O que na guarda unilateral é dividido entre dois papéis distintos não ocorre na guarda compartilhada, aonde ocorre uma mescla de direitos e deveres entre ambos.

### 2.2.3.2 *Guarda Compartilhada*

A guarda compartilhada é muito usada nos Estados Unidos sob o nome de *joint custody*. Sua inserção no Brasil teve início com a doutrina e a jurisprudência, que se baseavam na ideia de cooperação entre os pais separados.<sup>167</sup> É nesse sentido que afirma Denise Duarte Bruno<sup>168</sup>:

[...] é imprescindível que os adultos consigam atender seus dependentes de forma **cooperativa e flexível**, preservando-os de situações cotidianas de conflito e instabilidade oriundos das dificuldades inerentes à ruptura conjugal ou a uma conjugalidade que sequer se estabeleceu.

---

165 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70041115916 – RS. Apelante: J.S.. Apelado: A.A.V.. Relator: Des Alzir Felipe Schmitz, Passo Fundo, RS, 15 set. 2011. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70041115916&num\\_processo=70041115916&codEmenta=4353694&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70041115916&num_processo=70041115916&codEmenta=4353694&temIntTeor=true)>. Acesso em: 01 fev. 2012.

166 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

167 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294-295.

168 BRUNO, Denise Duarte. A Guarda Compartilhada na Prática e as Responsabilidades dos Pais. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p. 224.

Este tipo de guarda foi transformado em regra pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Que a caracteriza como sendo aquela em que ambos os pais têm a mesma responsabilidade sobre o filho, e, portanto, o direito - dever de decidir conjuntamente sobre sua vida (artigo 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil).

Para Paulo Lôbo<sup>169</sup> ela possibilita o exercício pleno do poder familiar por ambos os genitores, e substitui a guarda pelo direito de convivência, excluindo a guarda unilateral e o direito de visita, que geraria os chamados “pais de fim de semana”.

De acordo com Alexandra Ullmann<sup>170</sup> a intenção da lei seria “regulamentar o entendimento dos juizes das varas de família, regrado e equilibrando a forma de convivência e responsabilidade de ambos os genitores em relação aos filhos comuns”, a fim de que eles também compartilhem as decisões e não só a companhia do filho.

Isso significa que os tribunais já vinham validando a possibilidade de se conferir a guarda compartilhada frente a inexistência de impedimento legal para tal. Além disso, o próprio direito de convivência estaria de acordo com a viabilização da guarda a ambos os pais.<sup>171</sup> Tanto que, muito bem observam Fabiana e Theobaldo Spengler<sup>172</sup> quando escrevem, ainda antes da inserção da guarda compartilhada no Código Civil:

Assim, a guarda compartilhada, mesmo não possuindo legislação específica, vem sendo deferida baseada em todos os dispositivos anteriores [arts. 1.583, 1.584, 1.588, do CC, art. 226 §5º da CF e arts. 1º, 4º, 6º, 16 inc. V e 19 do ECA] e, principalmente, naqueles que tratam da manutenção dos laços entre a criança e o genitor com o qual ela não mora, mas que, mesmo diante desse fato, se envolve em sua criação e torna-se responsável também. Dessa feita, ainda pode ser utilizado o princípio do melhor interesse, antes disciplinado, para fins de embasar e tornar justo o deferimento da guarda compartilhada.

Ao contrário, Paulo Lôbo<sup>173</sup> tem uma visão um tanto pessimista do tratamento anterior à lei, mas bastante otimista com relação às alterações por ela trazidas. Para ele havia um ceticismo quando a esse tipo de guarda, que era tratada como uma simples faculdade dos pais, mas que só cabia àqueles que tinham um “amadurecimento sentimental” que lhes permitia superar suas divergências a bem dos filhos. E com o advento da Lei nº 11.698/2008 essa ideia teria sido ignorada pelo legislador que impôs preferência à guarda compartilhada

---

169 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199.

170 ULLMANN, Alexandra. Guarda compartilhada e poder familiar. *Revista Visão Jurídica*, nº 55. São Paulo, 2010, p. 63.

171 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

172 SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 97.

173 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198-199.



mesmo diante de visível desacordo.

Cumpra lembrar que o artigo 1.584 do Código Civil determina que ambos os tipos de guarda (unilateral ou compartilhada) podem tanto ser requeridos a consenso dos pais, por qualquer deles, ou, ainda, decretada pelo juiz conforme este entenda ser o melhor para a criança ou adolescente. Determinando, em seu parágrafo 2º, a guarda compartilhada como regra, a ser aplicada sempre que possível, inclusive quando não houver consenso.

Este tipo de guarda é bastante confundido com a **guarda alternada**, em que há alternância de coabitação, o filho possui duas residências em que se alterna durante o ano, da forma como ficar acordado em juízo. Diferentemente do que ocorre na guarda compartilhada. Carlos Roberto Gonçalves, fazendo referência ao psiquiatra Sérgio Eduardo Nick e à advogada Lia Justiniano dos Santos, pontua duas questões importantes, a primeira é relativa à escolha pela guarda compartilhada, que não é adequada a todas situações, a segunda é relativa à diferença entre a alternância e ao compartilhamento da guarda. Transcreve-se:

Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas cotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.<sup>174</sup>

Apesar de a ressalva de não ser viável a determinação da guarda compartilhada quando não houver consenso dos pais<sup>175</sup>, essa é uma questão que não tem maiores problemas quando se observa que o próprio Código Civil, nos dispositivos mencionados acima, esboçam a teoria de que o juiz buscará o compartilhamento da guarda, mas em primeiro lugar verificará o melhor interesse da criança, e, nesse sentido, não deve o magistrado estabelecer aquilo que verifique que na prática não será uma boa alternativa, seja porque as partes estão em constante conflito, seja porque não sabe administrar o conflito de interesses no que diz respeito aos filhos.

Além disso, nesse sentido, o próprio Carlos Roberto Gonçalves<sup>176</sup> afirma que:

---

174 NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, in *A nova família: problemas e perspectivas*. p. 127-163; SANTOS, Lia Justiniano dos. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*. v. 8. p. 155-164. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

175 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.

176 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo:

Na ação em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, verificando o juiz que ambos revelam condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada e encaminhar os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA, art. 129, III), para desempenharem a contento tal mister.[...]

Mesmo antes da efetivação da guarda compartilhada como regra Fabiana e Theopaldo Spengler<sup>177</sup> já eram do mesmo entendimento. Para eles ao magistrado cabia, ainda que tendo sido requerida por um dos genitores a guarda compartilhada, avaliar a situação dos pais e o interesse do filho, de modo a não prejudicá-los com uma escolha inadequada à realidade e inconveniente ao bem-estar do menor.

Com isso, não se deve dizer que a determinação da regra da guarda compartilhada é negativa para os filhos, porque os subsídios dados pela lei para que a melhor escolha seja feita permitem, antes de mais nada, que o juiz avalie o contexto em que a criança ou o adolescente viverá, e se atende ao seu bem-estar, podendo deliberar por aquilo que verificar ser o melhor para eles, e que permitirá uma concessão de guarda mais bem-sucedida.

No que tange à diferenciação entre o compartilhamento e a alternância, ainda há divergências na doutrina. Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>178</sup> são dois dos autores que não desvinculam guarda compartilhada de alternada, eles escrevem:

Nessa espécie [guarda compartilhada], ambos os pais mantém a guarda dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal, participando da convivência, da educação e dos demais deveres inerentes do poder familiar, em regime de igualdade, mantendo-se dois lares para os filhos. Essa solução privilegia os menores.

Compartilhar a guarda, entretanto, para outros autores, como será mencionado, não significa dividir a criança entre duas rotinas, dois lares, mas sim se refere ao compartilhamento de responsabilidades entre os pais. Em contrapartida, a alternância, sim, representa a divisão da rotina do menor entre duas casas.

Conforme as palavras de Eduardo Oliveira Leite, a criança que possuísse uma residência fixa evitaria a possibilidade de crescer como uma planta sem raízes, sem um lugar fixo, com seu quarto, suas coisas, enfim, sem uma rotina, o que, sabe-se, é importante para o seu desenvolvimento saudável. Possuindo uma residência fixa, independentemente com qual dos genitores (a princípio com aquele que possui melhores condições de recebê-la), a guarda compartilhada ainda assim poderá ser exercida, fugindo da possibilidade de confusão com a guarda alternada, outro modelo de responsabilidade familiar, porém alvo de duras críticas.<sup>179</sup>

---

Saraiva, 2011, p. 297.

177 SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 99-100.

178 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.

179 LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT, 1997, p. 272. *apud* SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre:

A fixação de uma residência para a criança ou adolescente pode lhe significar segurança, e estabelecer-lhe um ambiente favorável ao desenvolvimento.

Nessa ótica Paulo Lôbo<sup>180</sup> afirma que a perda de referência do lar pode “comprometer a estabilidade emocional do filho”:

[...] A experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência, para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho. O que se espera dos pais é a responsabilidade em encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência e a relação de pertencimento a um lugar, que integra a vida de toda pessoa humana; ou do juiz, quando os pais não se entenderem.

Apesar de a lei determinar dois tipos de guarda, o que se vê na doutrina estudada é o destaque de um terceiro tipo, a guarda alternada. Contudo não há uma delimitação precisa sobre ser a alternância um tipo de guarda ou uma modalidade dentro da guarda compartilhada. O fato é que a confusão pode gerar um descrédito à guarda compartilhada, na crença de que esta deve ocorrer mediante a alternância da criança entre as residências.

Mesmo parecendo simples as diferenças, o estabelecimento do tipo de guarda que mais se adéqua ao convívio familiar é de difícil verificação. Vários são os fatores que determinam qual o tipo de guarda mais adequada: a relação entre os pais, a relação dos pais com o filho, as residências de ambos, dentre outros fatores, mas sobretudo o conjunto de fatores que perfazem condições adequadas ao seu desenvolvimento.

Outro aspecto que deve ser destacado com relação à guarda compartilhada é que há possibilidade do pedido de guarda acontecer com relação a outros parentes da criança, ou até mesmo não parentes que de fato já cuidem da mesma. No geral porque já há uma situação de fato previamente estabelecida.<sup>181</sup>

Como funciona então o pedido judicial de guarda e a sua alteração?

---

Livraria do Advogado, 2004, p. 100.

180 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200.

181 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70044815280 – RS. Apelante: L.C.M.S.. Apelado: J.F.S. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Caxias do Sul, RS, 28 nov. 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70044815280&num\\_processo=70044815280&codEmenta=4460722&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044815280&num_processo=70044815280&codEmenta=4460722&temIntTeor=true)>. Acesso em: 02 fev. 2012.

#### ***2.2.4 Determinação judicial: requisitos de avaliação do juiz para decisão ou alteração da guarda***

Saber como funciona o pedido de guarda e sua determinação pelo juiz faz parte da compreensão do contexto em que se encontrará a família. São os fatores que levam a se recorrer à justiça, os argumentos de um pedido de guarda, e demais situações levadas ao Judiciário, e as práticas posteriores dos genitores, que podem conter em si os indícios de que atos de Alienação Parental estão ocorrendo.

A escolha do guardião tanto pode ser acordada entre os pais quanto determinada em juízo (artigo 1.584, incisos I e II, do Código Civil).

A princípio, num **acordo** de guarda (guarda consensual), o juiz acolhe o que os pais fixaram, exceto se o acordo for prejudicial ao filho, nesse caso o juiz pode decidir de forma diversa, dando a guarda ao outro genitor ou, inclusive, conferindo-a a terceiro. De acordo com o parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil: “ao juiz cabe recusar a homologação do acordo ao verificar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos menores”.<sup>182</sup> O mesmo afirma Paulo Lôbo<sup>183</sup>:

A regra básica, nas hipóteses de separação ou de pais que nunca viveram sob o mesmo teto, é a da preferência ao que os pais acordaram sobre a guarda dos filhos, quando chegarem a consenso mútuo. Confia o legislador no melhor discernimento dos pais, cujas escolhas serão presumivelmente as melhores para os filhos. Todavia, deve o juiz verificar se o acordo observa efetivamente o melhor interesse dos filhos, ou o reduz em benefício de concessões recíprocas para superação do ambiente conflituoso, contemplando mais o interesse de um ou de ambos os pais. Essa é a orientação que deflui do art. 1.586 do Código Civil, também aplicável às separações consensuais, que atribui ao juiz o poder de regular de maneira diferente, “a bem dos filhos”, sempre que houver motivos graves. Certamente é motivo grave a preferência dada pelos pais para a superação de seus próprios conflitos, em detrimento dos filhos.

O papel do juiz é bastante delicado, a ele cumpre estabelecer os caminhos de vida de uma criança ou adolescente, vulnerável e ainda em processo de amadurecimento. Portanto, ao determinar a quem deve se dar a guarda, ele precisa de fato ter cautela, inclusive quando vai avaliar o comportamento do possível guardião. É nesse sentido que bem observa Sílvio Rodrigues<sup>184</sup>:

---

182 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 245-246.

183 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

184 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247.

Em sua decisão, cumpre ao juiz ser extremamente cauteloso, pois qualquer alteração no regime vigente pode trazer funestas repercussões na sensibilidade infantil. Não deve ser severo demais ao analisar o comportamento alheio, nem excessivamente tolerante, por mera negligência.

Além disso, é importante notar que numa separação de fato não há disposição no Código Civil sobre a guarda dos filhos, por isso, por vezes, determina-se cautelarmente, em ações de busca e apreensão, que o filho permaneça com quem está, vez que não há quem tenha mais direito. Até então, o poder familiar é que prevalece, e, este, ambos os pais possuem. Portanto, mantém-se a guarda com quem já a tem, para que ela seja “definitivamente” determinada no momento do divórcio, sob o requisito: quem possui melhores condições deverá exercê-la. À exceção da verificação de que haja motivo grave que impeça tal manutenção do *status quo*.<sup>185</sup>

Um pouco diferente é o que diz Sílvia Rodrigues<sup>186</sup>, para quem não caberia o pedido de guarda e apreensão porque ambos os pais tem direito de estar com os filhos, a menos que se demonstre que quem está não tem garantido o seu bem-estar. Se a situação é adequada, então, o tribunal deve manter a guarda como está, também por uma razão de conveniência. Nada impedido que o genitor que não detém a guarda entre com o pedido de determinação judicial ou alteração da guarda.

Há quem se utilize da disposição legal a que Sílvia Rodrigues se refere para de algum modo tentar alterar a guarda, mas percebendo o juiz que o fato alegado não é verdadeiro, ou melhor, não pode ser comprovado, ela pode ser mantida, indeferindo o juiz a alteração requerida. É o que ocorre no caso do acórdão colacionado a seguir, em que se mantém a guarda com a genitora, por não ser verificado abuso. e porque de acordo com o relator deve-se evitar a alteração da guarda, que poderia ser emocionalmente prejudicial à criança:

ALTERAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE OS PAIS. SUSPEITA DE ABUSO. 1. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois, em regra, são prejudiciais à criança, que tem modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhe transtornos de ordem emocional. 2. O principal interesse a ser protegido é o da infante e não o do genitor. 3. Para a definição da guarda, é imprescindível a realização de estudo social minucioso, com possível avaliação psicológica ou psiquiátrica, a fim de se determinar qual dos pais possui melhores condições de exercer a guarda. 4. Não ficando comprovada situação de risco, descabe proceder alteração liminar da guarda. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70042715458, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

185 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 299.

186 RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 252-253.

Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/09/2011)<sup>187</sup>

O acórdão acima, em seu inteiro teor, apenas convalida o que já foi dito que ao juiz cabe utilizar-se dos meios que lhes são proporcionados para verificar se os fatos apresentados pelas partes estão ocorrendo, e se ensejam o acolhimento do que lhe é pedido, neste caso a alteração da guarda. Segue o trecho destacado:

As provas dos autos, embora sérias, não evidenciam que ASHLEY esteja em situação de risco por morar com a sua genitora, inexistindo fato grave capaz de determinar a alteração liminar da guarda, motivo pelo qual penso ser prudente a realização de um estudo social mais acurado e também o necessário tratamento psicológico e/ou psiquiátrico de ASHLEY, e, também dos litigantes, tal como posto na decisão recorrida.<sup>188</sup>

Sem dúvida, a separação dos pais com a determinação de guarda é bastante difícil para os filhos. Outro ponto importante é que ao mesmo tempo que os filhos podem ter um bom **relacionamento com ambos os pais**, mesmo distante de um deles, podem acabar se afastando do não guardião. Destaque o que falam a respeito Fabiana e Theobaldo Spengler:

Nesses casos [de separação ou divórcio], não se pode negar que, por melhor que seja o relacionamento entre os ex-cônjuges, ocorre uma desarmonia na educação do filho que agora passará a conviver de forma muito mais estreita com o guardião, correndo o risco de, gradativamente, se afastar daquele que não detém a guarda e apenas efetua visitas periódicas.[...]

O trecho acima revela uma plausível preocupação relativa às relações posteriores à separação. Não significa que todos os filhos se afastam do genitor não guardião, mas que esta é uma situação possível de se ocorrer. Justificável, portanto, que o juiz perceba no processo de guarda aquele que tem maiores condições de incentivar essa relação do filho com o não guardião, e que aqueles que participem do processo: advogados, assistentes sociais, psicólogos, dentre outros, possam, na medida de suas funções, incentivar a manutenção do convívio, como salutar para o desenvolvimento social da criança ou adolescente envolvido. Estar com ambos os pais é importante para o desenvolvimento do menor. Em estudo realizado

187 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70042715458 – RS. Agravante: J.C.C.. Agravado: F.K.M... Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Cachoeirinha, RS, 28 set. 2011. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70042715458&num\\_processo=70042715458&codEmenta=4367982&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042715458&num_processo=70042715458&codEmenta=4367982&temIntTeor=true)>. Acesso em: 04 out. 2011.

188 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70042715458 – RS. Agravante: J.C.C.. Agravado: F.K.M... Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Cachoeirinha, RS, 28 set. 2011. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70042715458&num\\_processo=70042715458&codEmenta=4367982&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042715458&num_processo=70042715458&codEmenta=4367982&temIntTeor=true)>. Acesso em: 04 out. 2011.

com pais e mães divorciados as experiências vem confirmar isso, dizendo que:

Os homens deixavam claro que, para eles, a separação, além de não extinguir os conflitos com a ex-esposa, lhes trouxe uma **descontinuidade no convívio com os filhos**. Dessa forma, problemas decorrentes do rompimento conjugal pareciam intermináveis, contrariando o que comumente é dito – que a separação resolve brigas e desentendimentos. Compreendiam que as batalhas apenas haviam mudado de foco, centrando-se, agora, na disputa pela convivência com os filhos, o que os afetava intensamente, situação também identificada por Lehr e Macmillan (2001). Sentiam-se, assim, exauridos e marcados pelo resto de suas vidas, em uma luta que parecia sem fim. Destacaram, ainda, que, **no momento inicial da dissolução conjugal, não ficara claro que, com a decisão, haveria um grande afastamento dos filhos, na medida em que logo após saírem de casa já eram designados como visitas**. Esclareceram que, **no início do rompimento, a questão girava apenas em torno do aspecto conjugal, e só quando deixavam o lar é que iam procurar parâmetros para o relacionamento com os filhos. Para isso, buscaram advogados, familiares e amigos, visando ao auxílio nos procedimentos em relação às crianças. Os pais indicaram que, quase sempre, recebiam como resposta a velha fórmula: homens não ficam com a guarda e devem se acostumar a ver os filhos de quinze em quinze dias**. Só depois é que verificaram **não ser possível manter vínculos estreitos com os filhos por meio de visitas quinzenais, medida que interfere na intimidade que deve ser mantida com as crianças**. Como bem define Muzio (1994): As cargas culturais promovem para o homem uma paternidade representativa (enquanto autoridade, provedor do lar) e periférica (à distância) (p. 31).<sup>189</sup> (grifou-se)

Não se pode deixar de mencionar que as relações entre os pais separados e em constante conflito, nutridos pela vingança, pelo ressentimento, sem dúvida afetam a convivência com os filhos, o que pode resultar em configuração de Alienação Parental, que pode gerar advertência ao alienador, ampliação da convivência com o alienado, multa ao alienador, determinação de acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial<sup>190</sup>, alteração da guarda, fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, ou até mesmo suspensão da autoridade parental (art. 6º da Lei nº 12.318/2010).

Outra questão importante no que se refere à determinação da guarda é o que diz respeito ao **estado civil do guardião**. A alteração do estado civil do guardião se para o ex-cônjuge ou ex-companheiro pode ser algo ruim porque lhe afeta o ego, por exemplo, lhe desperta algum tipo de emoção, não se trata, porém, para a criança, de um fato que necessariamente será prejudicial, portanto, não é fator por si só que resulte em requisito para alteração da guarda. Diz o art. 1.588 do Código Civil: “O pai ou a mãe que contrair novas

---

189 BRITO, Leila Maria Torraca de; CARDOSO, Andréia Ribeiro; OLIVEIRA, Juliana Dominoni Gomes de. Debate entre pais e mães divorciados: um trabalho com grupos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, vol. 30, nº 4, Brasília, dez. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932010000400011>>. Acesso em: 23 jan.2012.

190 Uma perícia biopsicossocial é aquela que leva em consideração, para construção do laudo, a avaliação de fatores biológicos, psicológicos e sociais. Busca, portanto, fazer uma análise que possibilite uma melhor compreensão do indivíduo como um todo, levando em conta não só a sua personalidade mas também o meio em que o indivíduo se encontra.

núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.”. E complementa o art. 1.636 dizendo que o mesmo vale para o estabelecimento de uma união estável, com relação aos direitos ao poder familiar, do qual a guarda faz parte, não exercendo, o novo cônjuge ou companheiro, nenhuma interferência na relação pai/mãe e filho.

Como visto, a **conduta que prejudique a criança ou adolescente** é causa para alteração da guarda. Paulo Lôbo<sup>191</sup> esclarece, convenientemente, que a conduta prejudicial não precisa ser necessariamente do genitor guardião, mas pode ser do seu companheiro ou cônjuge. E ressalta que

a guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito, em virtude da regra geral estabelecida no art. 187 do Código Civil, quando exceder manifestamente dos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fê ou pelos bons costumes.[...] <sup>192</sup>

As disposições da guarda, e de proteção à pessoa do filho de um modo geral, quando descumpridas, encontram-se amparadas pelo citado artigo 187 do Código Civil<sup>193</sup>, que declara tal descumprimento como ilícito. Incurreria nisso, por exemplo, o alienador que atua diretamente para prejudicar o convívio da criança ou adolescente com o genitor, por ferir direito constitucionalmente garantido, conforme o artigo 227 da Constituição Federal, e, também, disposição do Código Civil, em seu artigo 1.589, no impedimento ao convívio parental (pai/mãe-filho).

É possível que o ilícito advindo do descumprimento das funções de guarda atinja, inclusive, a esfera da responsabilidade civil, e resulte em condenação a reparação dos danos causados, por meio dos artigos 186 e 187 do Código Civil, que se aplicam a todos os livros deste diploma. Também fundado na proteção da dignidade humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e no melhor interesse da criança e do adolescente, que nesse caso estariam sendo negligenciados enquanto funções da própria guarda. Note-se que, apesar de haver um apelo atualmente no sentido desta reparação cível estar relacionada ao amor ou afeto, trata-se, na verdade, de um fator decorrente do não cumprimento de um dever jurídico do pai ou da mãe de ter o filho em

---

191 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

192 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

193 Código Civil de 2002:

“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.

Art. 187. 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-fê ou pelos bons costumes.”



companhia, e do filho de ser visitado e ter a convivência com o genitor garantida (artigo 213, parágrafos 2º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).<sup>194</sup>

A seriedade da assunção da guarda se reflete nas sanções que cabem ao seu desrespeito. Conforme Arnaldo Wald<sup>195</sup>: “É, finalmente, dever de ambos os cônjuges o de sustento, guarda e educação dos filhos comuns. A falta a esse dever, além de ser motivo para a separação judicial, pode determinar medidas de ordem penal e a suspensão ou extinção do pátrio poder”. Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>196</sup> a normatização quanto ao descumprimento da guarda serve para moralizar seu exercício, mas, principalmente, para impedir que o guardião dificulte ou não permita a convivência do filho com o outro genitor.

Apesar de parecer paradoxal, a mesma lei que protege de todos os modos a convivência familiar também trata da redução da convivência, previsão contida na Lei nº 11.698/2008.<sup>197</sup> O fato é que a ideia principal parece se basear no que é melhor para a criança ou adolescente, que a princípio é o principal requisito para qualquer questão que as envolvam, causando um embate direto entre a convivência com alguém que a prejudica, ou a falta da presença de um dos genitores. Entra aqui o bom senso do julgador, que verifica, com as ferramentas que possui (inclusive devendo utilizar-se das visitas psicossociais e intervenções de profissionais da psicologia, psiquiatria ou outras áreas correlatas), qual a melhor alternativa para aquele menor.

Outro ponto importante é o relativo à **condição econômica**. Ela não é motivo suficiente para determinação ou alteração da guarda, é preciso que atenda ao superior interesse dos filhos.<sup>198</sup> Nesse sentido é que vem suprir o pedido de alimentos, já que o não guardião também contribui para a educação e sustento dos filhos, materialmente, na proporção de suas condições.

No que tange à **conferência da guarda a terceiro**, também é preciso observar alguns fatores, sejam eles: o grau de parentesco, a relação de afinidade e afetividade da criança com

---

194 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337 e 342.

195 WALD, Arnaldo. O novo direito de família. 14. ed. rev., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Prof.<sup>a</sup> Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

196 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338.

197 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

198 WALD, Arnaldo. O novo direito de família. 14. ed. rev., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Prof.<sup>a</sup> Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 172.

o possível guardião (artigo 1.584, parágrafo 5º do Código Civil), além das condições de proporcionar o bom desenvolvimento e bem-estar da criança. Do contrário, ainda que não fique com os pais, é possível que o juiz também indefira o pedido de terceiro que não atenda aos requisitos e, num caso aonde não haja outra opção, pode ele colocar a criança em instituição para encaminhamento a família substituta, como é o caso do acórdão a seguir, em que a criança não tem os pais, e a avó, embora tenha afeto pela criança, não consegue a guarda face às condições a que submeteria a criança, em convivência com dois dependentes químicos. Transcreve-se:

É certo que a avó, ora agravante, nutre pela neta especial carinho e deseja vê-la próxima de si. Não é menos certo que ela possui, em razão do parentesco, legítimo interesse em exercer a guarda da criança. Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente é extremamente claro ao dispor sobre os direitos da criança e do adolescente e, dentre estes, o de viver em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, tal como preconiza o art. 19. Assim, diante do contexto que se apresenta nos autos, recomendável se mantenha o acolhimento institucional de Dienifer, para que não seja mantida em ambiente próximo aos tios, dependentes químicos.<sup>199</sup>

Não se pode deixar de enfrentar a questão que envolve a contrapartida ao direito de guarda que é o direito de convivência conferido ao não guardião, o próximo passo deste estudo.

## 2.3 Direito a Convivência (Direito de Visita)

O direito à convivência está estabelecido na Constituição Federal de 1988 no *caput* do artigo 227, como uma garantia assegurada com prioridade a crianças, adolescentes e jovens<sup>200</sup> no âmbito familiar. É considerado princípio em razão da sua essencialidade.

Trata-se, a convivência, do alicerce das relações humanas. Para a psicologia, se esta relação é frágil, insalubre, isso significa que a convivência não se deu de forma plena, faltou

---

199 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70046241360 – RS. Agravante: J.T.N.. Agravado: M.P.F.. Relator: Jorge Luis Dall'agnol, Porto Alegre, RS, 28 set. 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Just+%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70046241360&num\\_processo=70046241360&codEmenta=4532372&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Just+%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70046241360&num_processo=70046241360&codEmenta=4532372&temIntTeor=true)>. Acesso em: 31 jan. 2011.

200 Há uma discussão na doutrina atualmente que questiona quem seriam esses “jovens”, e a faixa etária aí poderia variar alcançando maiores de idade, entretanto, o objetivo deste trabalho é abordar apenas crianças e adolescentes, que são menores, e, portanto, podem ser alcançados pelo instituto da guarda.

carinho, presença, contato e afetividade.<sup>201</sup> Sob a ótica do Direito a convivência tanto pode ter um significado amplo, do direito por si só, ou do princípio, ou o do chamado direito de visita, que aqui se entende mais adequado chamá-lo “direito à convivência”.

Seria o direito à convivência aquele que advém como contrapartida da guarda exclusiva, ou seja, é dela decorrente, porque àquele que não detém a guarda cumpre o direito à visita. Assim, como a guarda, o direito à convivência também é convencionado, contudo tem ele uma delimitação mais específica, que inclui aos dias e horários que ocorrerão, o estabelecimento da rotina que ajustará os feriados e férias, e tudo o que se refira à convivência do não guardião com o filho.<sup>202</sup>

O direito à convivência era chamado direito de visita, mas por parecer relacionar-se simplesmente a um fato esporádico e superficial, a doutrina vem substituindo o termo visitação por convivência, que pressupõe um relacionamento mais permanente e estabelecido de vínculos emocionais.<sup>203</sup>

A convivência, nesse sentido, é garantia dos filhos em relação aos pais. Ou seja, apesar de ser uma determinação feita para estabelecer o compromisso de cuidado, objetiva atender às necessidades dos filhos, e não dos pais como há alguns anos. Ela encontra respaldo nos artigos 1.589 e 1634, inciso II do Código Civil e nos artigos 19 a 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (que tratam do direito à convivência familiar e comunitária).

De acordo com Sílvio Rodrigues<sup>204</sup> até 1946 não havia codificação a respeito do direito de visitas, só após alteração, desse ano, no Código Civil de 1916, é que o legislador se preocupou em garantir o direito de visitação no texto legal:

O Código Civil de 1916 não se referia ao direito de visitas. Foi o Decreto-lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946, que, cuidando da guarda dos filhos menores no desquite litigioso, assegurou expressamente aos progenitores direito de visita, no caso daquela ser conferida a terceiro. O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27-8-1962), ao alterar o art. 326 do então Código Civil, também fez referência ao direito de visita naquela hipótese.

E a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), trouxe regra em tal sentido [art. 15], mantida com redação próxima pelo novo Código, art. 1.589. Transcrevo este último:

**“Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”** (grifou-se)

---

201 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 107.

202 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

203 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196-197.

204 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249.

O atual Código Civil, no dispositivo acima citado, o artigo 1.589, em relação à Lei do Divórcio, passou a especificar pai e mãe, em vez de mencionar apenas os pais, e lhes deu a possibilidade de acordarem a respeito do direito de convivência, além da possibilidade de fixação pelo juiz, numa preocupação válida em deixar o texto da lei cada vez mais claro. Assim, ao genitor que não detém a guarda cabe o direito à convivência, e com ele o dever de fiscalizar se o filho está recebendo todo o suporte necessário para ter uma vida saudável, com educação, e tudo o mais que lhe caiba, a fim efetivar a garantia de seu bem-estar.

Ao Código de Processo Civil, na ótica do processo, coube estabelecer, em seu artigo 1.121, inciso II, que já na separação ou divórcio consensual deveria haver o estabelecimento da guarda e do regime de visitas. Observe que Fabiana e Theobaldo Splengler<sup>205</sup> destacam a não obrigatoriedade de se disciplinar o direito à convivência na ação de separação ou divórcio, mas não excluem a importância de realizar o quanto antes esse ajuste para que a criança não sofra os prejuízos da obstaculização da convivência.

Preconiza-se, no estabelecimento da guarda e das visitas, a liberdade de acordo entre os pais, o que torna o processo de separação mais adequado à realidade da família, que é quem pode melhor determinar a sua dinâmica, mesmo quando a relação está sendo desfeita. Por isso, a lei incentiva que esta seja uma decisão dos genitores, não excluindo o olhar atento do juiz ao melhor interesse da criança. A respeito, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>206</sup> ensinam que:

A interpretação desse dispositivo [art. 1.121 do CPC], introduzido no Código de Processo Civil no ano de 2005, espera-se que seja realizada no sentido de considerar que a estipulação das regras da visitação continuará a caber aos pais, de acordo com o interesse dos filhos, não se sujeitando à obrigatoriedade da divisão igualitária, entre os genitores, das férias escolares e dos dias festivos. Casos há, ainda, em que o regime de visitas é estabelecido de forma livre, de modo que se espera que a novel norma não venha a prejudicar a autonomia da vontade dos pais, a não ser que esta vontade não seja exercida em preservação do bem-estar do menor.

Os autores, a respeito da separação, do divórcio, do desfazimento da união estável, ou mesmo quando não tenha havido convivência entre os pais, dizem que se não houver acordo cabe ao juiz tal decisão:

Se a separação for litigiosa e os cônjuges dissentirem quanto à regulamentação dessas visitas, caberá ao juiz fixá-las, designando dia, hora e local para a sua realização, de acordo com o desejo, comodidades e possibilidades dos interessados,

---

205 SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 97.

206 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339.

que são principalmente os filhos.<sup>207</sup>

Mesmo quando ainda não há ação principal, o juiz ainda assim pode determinar medida provisória a respeito da guarda e do direito à convivência, como diz o artigo 888, incisos III e VII do Código de Processo Civil, é uma forma de resguardar o menor.

Por fim, e não menos importante, lembre-se que assim como a guarda pode ser conferida a terceiro o direito à convivência não se limita aos pais. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente guarda um capítulo para tratar do direito à convivência familiar e comunitária (artigos 19 e seguintes). Mesmo assim, cabe requerer o direito à convivência, no caso, aqueles que têm um relacionamento com a criança estreito e baseado no afeto. Nesse sentido:

É grande o consenso da doutrina brasileira, com reflexos em decisões judiciais, de que o direito de visita, no sentido de direito à convivência, não se esgota na pessoa do pai não guardião. **Os parentes deste não podem ter seu contato com a criança ou adolescente negado, para que as relações de família não sejam dificultadas ou obstadas.** Nessa direção, a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em 2006, aprovou o enunciado 333: **“O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenham vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.”** Se o juiz entender que a extensão atende efetivamente ao melhor interesse da criança **deve assegurá-la, pois o princípio que o estabelece é norma jurídica.** Além do mais, os avós são responsáveis por seus netos e obrigados a contribuir com a subsistência deles, na falta ou insuficiência da condição dos pais, impondo-se a reciprocidade do direito. **Nesse sentido, decidiu o TJRS (Ap. 5910676991992) que o direito de visita dos avós aos netos, mesmo quando há conflito com os pais, decorre dos vínculos oriundos da filiação; é fruto da solidariedade familiar; é obrigação oriunda do parentesco; é uma garantia da manutenção dos vínculos de afeto e dedicação dos avós aos netos.** (grifou-se)<sup>208</sup>

A Lei nº 12.389, de 28 de março de 2011, inseriu no Código Civil o parágrafo único do art. 1.589, que dispõe que: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”, e alterou o art. 888 do Código de Processo Civil no seu inciso VII, que passou a vigor com a seguinte redação: “a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós”. Sendo assim, apesar da possibilidade já existir, o legislador entendeu por bem explicitar que os avós efetivamente têm direito de conviver com os netos, tamanha a fundamentalidade dessa relação.

Essas são algumas das características e das peculiaridades do direito de visita que,

---

207 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339.

208 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 197-198.

junto à guarda, compõem parte das estruturas familiares brasileiras e que serão úteis à compreensão do tema ora proposto, uma vez que é no contexto de suas determinações judiciais e execuções na prática que comumente a alienação parental se desenvolve.

### 3 A ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL

Não se pode precisar quando a alienação parental teve início na sociedade. O que se sabe é que desde muito tempo já se observava o “[...] fenômeno no qual crianças de todas as idades se mostravam rejeitadoras, denegridoras e nutriam sentimentos negativos em relação a um genitor que anteriormente era amado e com quem tinham convivência positiva e pacífica”<sup>209</sup>, sem, portanto, qualquer justificativa — a alienação seria aquele ato injustificado, pois nem todo o afastamento pode ser havido como tal.<sup>210</sup>

Em 1949 o psicanalista Wilhelm Reiche já descrevia os comportamentos que caracterizam a alienação parental, desde quando os profissionais da saúde mental vêm os observando.<sup>211</sup> Um deles, o mais significativo, foi Richard Alan Gardner, psiquiatra norte-americano que na década de 80, por volta do ano de 1985, observou ser a alienação uma prática comum nas disputas de guarda, direcionando seus esforços na busca pelo reconhecimento desta como síndrome, dando-lhe o nome de Síndrome da Alienação Parental.<sup>212</sup>

A cunhagem do nome “Síndrome de Alienação Parental”, trouxe consigo o reconhecimento deste fenômeno relacional.<sup>213</sup> Apesar disso, não se deve deixar de atentar para o fato de que o termo “Alienação Parental” acaba restringindo o seu entendimento apriorístico enquanto representa um ato em que os envolvidos são em princípio os pais, e secundariamente os demais parentes. Nas leituras que se seguem será possível notar que não é este o limite dos atos de alienação no Brasil. Eles envolvem fundamentalmente os cuidadores, responsáveis e personagens relevantes na vida da criança ou do adolescente, e não somente os seus pais.

---

209 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 105. Ver também: LINS E SILVA, Paulo. Síndrome da Alienação Parental e a Aplicação da Convenção de Haia. In: \_\_\_\_\_. *Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Lumen Juriws, 2008, p. 387-398.

210 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Alienação Parental. *Regina Beatriz Tavares da Silva (site acadêmico)*, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=288>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

211 FARKAS, Michelle M. An Introduction to Parental Alienation Syndrome. *Journal Psychosocial Nursing*, United States of America, v. 49, n. 4, p. 25.

212 LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. A Psicologia e as Demandas Atuais do Direito de Família. *Psicologia Ciência e Profissão*, Porto Alegre, 29 (2), p. 290-305, 2009, p. 295.

213 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 105.

Talvez tal confusão se dê porque Gardner a observou dentro das disputas de guarda, sob a ótica da família matrimonializada, e no Brasil a proteção da criança e do adolescente é vislumbrada em um sentido amplo, dentro da perspectiva da família plural contemporânea (artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988).

Para Gardner a síndrome se caracterizaria pelo ato de um dos genitores, chamado alienador, denegrir o outro (alienado) perante seu filho, de modo que a criança fosse objeto de um tipo de “lavagem cerebral”, a ponto dela também contribuir para a alienação. Nas palavras do psiquiatra:

**A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância** que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tem nenhuma justificação. **Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.** (grifou-se)<sup>214</sup>

Sob esta ótica, o reconhecimento da Síndrome de Alienação Parental como transtorno pelo DSM – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais<sup>215</sup> – teria a intenção de chamar atenção para um fato compreendido por Gardner como de grande relevância, e que poderia resultar em prejuízos aos envolvidos. Como síndrome médica, não se usaria mais nos Tribunais dos Estados Unidos o argumento de que a sua inexistência afastaria uma possível punição do alienador. Reconhecida a síndrome, facilitaria a sua identificação, e poderia se encaminhar os envolvidos a tratamento.<sup>216</sup>

---

214 GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)W traduzido por: Rita Rafaeli. *Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia*. New York – USA, 2002. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 34 abr. 2012.

215 O DSM é um Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, elaborado pela *American Psychiatric Association* – APA (Associação Americana de Psiquiatria), a fim de listar os tipos de transtornos e os critérios para diagnosticá-los, um orientador, auxiliando assim profissionais médicos da saúde mental e áreas afins, em vários países. (MATOS, Evandro Gomes de; MATOS, Thania Mello Gomes de; MATOS, Gustavo Mello Gomes de. A importância e as limitações do uso do DSM-IV na prática clínica. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 27, nº 3, set./nov. 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-81082005000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082005000300010)>. Acesso em: 21 ago. 2012). É possível encontrar o DMS-IV, último publicado, do ano de 1994, em português, no site do Instituto Brasileiro de Neuropsicologia e Ciências Cognitivas. (DISTRITO FEDERAL. DSM -IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 4ª Edição. IBNeuro – Instituto Brasileiro de Neuropsicologia e Ciências Cognitivas. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.ibneuro.com.br/index.php?option=com\\_content&view=section&id=3&Itemid=41](http://www.ibneuro.com.br/index.php?option=com_content&view=section&id=3&Itemid=41)>. Acesso em: 25 abr. 2012.)

216 GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental



Mesmo sob tal justificativa, a ideia de se criar mais uma síndrome ainda não teve força na área da saúde. Gardner considerava isso fundamental para que nos tribunais a identificação da alienação pudesse, de fato, garantir um amparo judicial aos envolvidos, o que não ocorreria enquanto permanecesse como simples ato de alienação parental. Ele diz que:

[...] Substituindo-se o termo SAP pelo termo AP contorna-se esse problema. Nenhum alienador é identificado, as fontes são mais vagas e as causas poderiam encontrar-se com a mãe, o pai, ou ambos. O inconveniente aqui é que o avaliador não pode fornecer à corte a informação apropriada sobre a causa da alienação das crianças. Diminua a probabilidade, a seguir, de que a corte tenha os dados apropriados nos quais se embasar para tomar suas decisões.<sup>217</sup>

A grande contribuição de Gardner ocorreu, de certo modo, porque a alienação já fazia parte do cotidiano das famílias desfeitas, mas talvez nunca se tivesse notado que tais atos poderiam ser tão prejudiciais à criança — resquício dos anos em que importava o patrimônio e o interesse dos separados, mas pouco se observavam os seus reflexos para as crianças e os adolescentes.

Não se pode deixar de mencionar, conforme relata a psicóloga Giselle Câmara Groeninga<sup>218</sup>, que Gardner sofre algumas críticas, e tem sua vida acadêmica e científica por vezes questionada. Embora se tenha consciência de seus estudos não serem unânimes, assim como é afirmado pela autora, a atenção merece voltar-se para o “Fenômeno da Alienação Parental”, o qual ela julga ser o melhor termo para designá-la, ampliando-se o campo de análise e permitindo identificar os comportamentos dela advindos.

O questionamento aos seus estudos decorre do fato de que suas publicações foram realizadas de forma particular, e não tiveram validação científica. Além disso, também se critica a ideia de Gardner criar uma síndrome baseada, principalmente, nos atos alienatórios dos pais, que nem sempre são condição suficiente para caracterizar a alienação da criança, e, portanto, não poderia ser considerado o agente etiológico (a causa) em questão. Embora o autor esclareça que é necessária a atuação da criança ou do adolescente, conforme o caso.<sup>219</sup>

---

(SAP)W traduzido por: Rita Rafaeli. *Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia*. New York – USA, 2002. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 34 abr. 2012.

217 GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)W traduzido por: Rita Rafaeli. *Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia*. New York – USA, 2002. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 34 abr. 2012.

218 GROENINGA, Giselle Câmara. O Fenômeno da Alienação Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. (Coord.). *Direito de Família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 122-124.

219 KELLY, Joan B.; JOHNSTON, Janet R. *The Alienated Child: A Reformulation of Parental Syndrome*.

A Síndrome da Alienação Parental seria um tipo de doença. Estaria ligada diretamente à criança, que apresentaria uma série de sintomas, identificados perante a sua submissão a atos de alienação. Esses sintomas poderiam ser: (a) realização de campanha para denegrir o genitor alienado; (b) justificativas fracas, não plausíveis para a depreciação; (c) comportamento antagônico; (d) apoio automático ao genitor alienador; (e) encenações encomendadas; (f) propagação da animosidade a outras pessoas; dentre outros. E, além disso, a criança poderia estar exposta a abusos físicos, sexuais ou negligência e parentalidade disfuncionais. E, dependendo da quantidade desses sintomas juntos se poderia qualificar em síndrome leve, moderada ou grave, tendo como causa a programação feita pelo alienador com a efetiva contribuição da criança.<sup>220</sup>

A intenção do autor em facilitar o “diagnóstico” e possibilitar à Justiça tomar uma providência mantém sua tese em evidência e a valida como válvula propulsora da discussão. O que não deve estar dissociado à leitura de seus escritos é o fato de estarem contextualizados na realidade das Cortes norte-americanas, e **não se ter reconhecido oficialmente este fenômeno como Síndrome da Alienação Parental**. Por isso, como esta pesquisa se refere à análise no âmbito nacional brasileiro, o que importa, por hora, é a relevância da discussão em torno das garantias, direitos e obrigações relativos àqueles envolvidos na relação parental, frente aos atos de alienação, que serão analisados a seguir, bem como a origem do termo e de seus conceitos para os doutrinadores brasileiros.

### 3.1 Origem e Conceito da Alienação Parental no Brasil

Como já dito, os atos narrados por Gardner como característicos da Síndrome de Alienação Parental não são desconhecidos do convívio em sociedade. Com o desenvolvimento histórico das famílias e as conquistas dos cidadãos o Direito sofreu uma consequente transformação, que demandou uma maior atenção às relações intrafamiliares.

---

*Family Court Review*, v. 39, n. 3, p. 249-266, 2001, p. 249.

220 GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)W traduzido por: Rita Rafaeli. *Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia*. New York – USA, 2002. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 34 abr. 2012.

É nesse sentido que Giselle Groeninga<sup>221</sup> escreve:

A exclusão parental não é novidade, mas os esforços, e a atenção que lhe tem sido dedicada, são frutos da maior consciência em relação à importância dos laços familiares, da convivência, e da busca de realização do direito a se ter uma família, constituída da forma que for. Esta realização envolve o direito não só dos filhos, mas dos pais, antes relegados a um segundo plano. A mudança no exercício dos papéis e a crescente liberdade nos relacionamentos, trouxeram questões antes impensadas.

A alienação parental só chegou ao Brasil por volta da década de 90, quando os magistrados brasileiros tomaram conhecimento das primeiras publicações sobre o tema e inseriram o entendimento na jurisprudência.<sup>222</sup> Porém, só vinte anos mais tarde o legislador transformou as disposições acerca da alienação em lei, ganhando contornos mais amplos e claros no país.

A luta para que esta lei saísse do papel, e impulsionasse a repressão daqueles que cometessem atos de alienação parental, se deu em decorrência da ação de pais que efetivamente sofreram as suas consequências, é o caso do Juiz do Trabalho em São Paulo Elízio Luiz Perez<sup>223</sup>, idealizador da proposta do Projeto de Lei nº 4.053/2008, convertido na Lei nº 12.318/2010,<sup>224</sup> que justifica a proposta da lei dizendo:

De início, a lei pretendeu **definir juridicamente a alienação parental**, não apenas **para afastar a interpretação de que tal, em abstrato, não existe**, mas também **para induzir exame aprofundado em hipóteses dessa natureza e permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno**. É relevante que o **ordenamento jurídico incorpore a expressão *alienação parental*, reconheça e iniba claramente tal modalidade de abuso**, que, em determinados casos, corresponde ao próprio núcleo do litígio entre o ex-casal. O texto da lei, nesse ponto, inspira-se em elementos dados pela Psicologia, mas cria instrumento com disciplina própria, destinado a viabilizar atuação ágil e segura do Estado em casos de abuso assim definidos.<sup>225</sup> (grifou-se)

---

221 GROENINGA, Giselle Câmara. O Fenômeno da Alienação Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. *Direito de Família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 120.

222 IBDFAM. Lei vai fazer dois anos, mas Alienação Parental exige conscientização para cessar. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=4748>>. Acesso em: 11 mai. 2012.

223 DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108.

224 “O projeto desta lei foi apresentado na Câmara dos Deputados pelo Deputado Régis de Oliveira, sob o n. PL 4.053/2008 e tramitou no Senado Federal sob o n. PCL 20/2010, tendo sido aprovado em decisão terminativa da Comissão de Constituição e Justiça do Senado em 07.07.2010. Sancionado pelo Presidente da República em agosto/2010.” (PEREZ, Elízio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.)

225 PEREZ, Elízio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64-65.

A movimentação de grupos em favor do surgimento de uma lei traduz a busca por uma resposta do Estado a questões que já venham causando prejuízo a uma parcela significativa da população, já que é ele (o Estado) o responsável pela política legislativa, pela elaboração das normas jurídicas que orientarão o convívio social.<sup>226</sup>

Mesmo diante da competência para elaboração das leis ser do Estado, os cidadãos são diretamente interessados que tais políticas legislativas cuidem das necessidades advindas da própria dinâmica social. Não devendo deixar de agir quando perceberem que estão tendo seus direitos relegados. Foi o que ocorreu diante dos atos de alienação parental e suas consequências.

A Equipe Pai Legal, a ONG APASE (Associação de Pais e Mães Separados), a ONG Pais por Justiça, a Associação Brasileira Criança Feliz, são apenas alguns dos movimentos brasileiros que lutam pela convivência entre pais e filhos e pelo combate à alienação parental. Não menos importante, também, foi o documentário “A Morte Inventada”, do cineasta Alan Minas, que traz depoimentos de vítimas da alienação.<sup>227</sup> Todos estes tiveram papel fundamental na visibilidade deste terrível problema que traz tantas consequências graves a crianças e adolescentes, refletindo, possivelmente, na vida adulta.

Maria Berenice Dias<sup>228</sup>, mesmo antes do advento da lei, no ano de 2007, já vinha anunciando a existência de um fenômeno antigo chamado Síndrome da Alienação Parental ou Implantação de Falsas Memórias. Para ela, o surgimento deste fenômeno, embora não fosse novo, iniciaria seu processo de afloramento em decorrência da “intensificação das estruturas de convivência familiar”, da qual adveio uma maior aproximação entre pais e filhos. Ou seja, no momento em que a mudança das estruturas familiares começou a emergir na sociedade também foi possível identificar uma mudança no paradigma de que à mãe cabia a guarda dos filhos e ao pai restava o direito de visitá-los esporadicamente, passando a se verificar disputas de guarda como um resultado, também, da maior atenção à afetividade e da incorporação do homem como ativo participante da vida doméstica e do cuidado com os filhos.

A alienação parental, portanto, já ocorria no contexto social. A edição da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, teria vindo como uma resposta a essa eminente necessidade no âmbito do direito fundamental à convivência familiar e à dignidade da pessoa, sejam elas

---

226 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 51-52.

227 SITES sobre SAP. *Síndrome da Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/sites-sobre-sap>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

228 DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXIV, n. 105, p. 315-318, mar. 2007, p. 315-316.

crianças, adolescentes, ou adultos, e que teve como porta-vozes os organismos já mencionados.

Cumpra-se destacar que a dificuldade no âmbito dos direitos humanos não é fundamentá-los, mas efetivamente protegê-los e colocá-los em prática. Para isso é preciso que tenham existência jurídica, e nesse sentido, precisam estar incorporados à Constituição do país ou a uma lei.<sup>229</sup> A Lei da Alienação Parental, portanto, é um agregador que refletiu a verificação de uma preocupante situação a que se expunham crianças e adolescentes e a necessidade de realizar e proteger seus direitos humanos e fundamentais.

Fala-se em “agregar” porque a criança e o adolescente não tem só a proteção da Lei nº 12.318/2010, mas também da Constituição Federal, do Código Civil e, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente — criado justamente para este fim: protegê-los (art. 1º da Lei nº 8.069/1990).

A Lei nº 12.318/2010 viria somar forças às demais legislações, face a uma realidade cada vez mais concreta de redefinição dos papéis parentais, no sentido, inclusive de induzir a família a uma dinâmica mais saudável.<sup>230</sup> Com sua edição, dá-se meios ao Judiciário de impedir que este fenômeno fique impune, e coloca o magistrado na posição de garantidor disso, de modo que, além de deixar aberta a caracterização da alienação, também permite que haja a inversão da guarda, ou outra medida, com o objetivo de proteger o menor.<sup>231</sup> Apesar disso, Euclides de Oliveira<sup>232</sup> entende que mais adequado seria introduzir o assunto no corpo do Código Civil, aonde se trata da proteção à pessoa dos filhos e do poder familiar (artigos 1.583 a 1.634), por conter a lei disposições civis e processuais civis, afirmando que: “Não parece recomendável o esgarçamento da codificação em leis esparsas, o que dificulta o próprio exame e a aplicação dos novos dispositivos, quebrando a desejável unidade do sistema jurídico na codificação vigente”. Fica a questão de Euclides de Oliveira submetida à análise da boa técnica legislativa.

---

229 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução para o Português: Véra Maria Jacob Fradera. Revista dos Tribunais, 1998, p. 131.

230 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

231 GUAZZELLI, Mônica. Da alienação parental à acusação de abuso sexual. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 89.

232 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 242-243.

Gardner tinha por objetivo o reconhecimento da alienação parental como uma síndrome, entretanto “[...] a lei não trata do processo de alienação parental necessariamente como patologia, mas como conduta que merece intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza”.<sup>233</sup> Foi uma maneira do direito brasileiro dar atenção à alienação na esfera jurídica, sem necessariamente considerá-la como uma doença.

### 3.1.1 Conceito de Alienação Parental

A Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010<sup>234</sup>, define a alienação parental em seu artigo 2º como o ato de interferir psicologicamente em criança ou adolescente, realizado por um dos genitores, avós ou quem a tenha sob guarda ou vigilância, diretamente ou com ajuda de terceiros, a fim de causar o repúdio dela para com o outro genitor, prejudicando o estabelecimento ou a manutenção do vínculo com o mesmo, enumerando em seus incisos exemplos desses atos.<sup>235</sup>

A alienação, então, ocorreria no momento em que em meio a um processo de separação, e internalização da mesma, a não elaboração do luto, o sentimento de traição e

---

233 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

234 BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em 26 abr. 2012.

235 O artigo 2º da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2012 diz, *in verbis*:

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

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.”

abandono, desencadeariam uma campanha de desmoralização do ex-cônjuge, e a introdução deste sentimento no filho, com o seu afastamento do outro pai, uma resposta ao interesse na preservação da parentalidade em meio ao desenlace conjugal, clara demonstração de vingança e agressividade direcionada.<sup>236</sup>

Seria ela, pois, um resultado do fim de um relacionamento “conjugal” numa entidade familiar em que existam filhos menores de idade, crianças ou adolescentes, indivíduos dependentes que necessitam manter suas referências e se encontram, no entanto, num ambiente em latente reestruturação.

Até por isso se destaca a sua ocorrência, no geral, nos processos de separação e disputas de guarda, “[...] sob a ótica de quem seja ou não o culpado pelo desate da vida em comum ou daquele que se posicione como tendo melhores condições para atender aos cuidados com os filhos”.<sup>237</sup>

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca<sup>238</sup>, já no ano de 2007, destacava ser o objetivo da alienação parental o “banimento do outro genitor da vida do filho”, embora as razões para isso pudessem ser das mais diversas: inconformismo com o fim da relação, vingança pelo parceiro ter tido relações extraconjugais, ou ao se separar ter encontrado novo companheiro, dentre outras. O que poderia resultar da intenção de manter o filho como uma exclusividade sua.

Pode-se afirmar, então, que a alienação é uma maneira de “[...] turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente”<sup>239</sup>, pode, ainda, ser o resultado de uma separação mal resolvida, de sentimentos aflorados, numa clara intenção de vingança, que reflete o interesse eminente do alienador em prejudicar o alienado. Esta incapacidade para lidar com a perda adviria da ideia de que a separação não se resume ao término de uma relação material e externa, mas à quebra de um vínculo mais íntimo, profundo, que quanto mais longo, mais elementos afetivos e pessoais tem, tornando mais difícil a ruptura.<sup>240</sup>

Na ótica de Sílvio de Salvo Venosa<sup>241</sup> o contexto da alienação segue o mesmo

---

236 DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXIV, n. 105, p. 315-318, mar. 2007, p. 315-316.

237 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 239.

238 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Síndrome de Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 07-14, fev./mar.. 2007, p. 08.

239 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

240 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

241 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 320.

sentido:

Não raro os filhos menores são tidos como um brinquedo na separação dos pais. O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana e em datas específicas pode ter conduta de alienação parental. O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências grave sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor.

A atuação do alienador ocorre mediante estratégias das mais diversas, mas sob o mesmo objetivo, o afastamento. Tanto o é que Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>242</sup> escreve:

As **estratégias da alienação** parental vão desde a **limitação injustificada do contato** da criança com o genitor alienado até o **induzimento da criança em escolher um ou outro** dos pais. Passam também por **punições sutis e veladas quando a criança expressa satisfação ao relacionar-se com o genitor alienado**, pela **revelação de segredos à criança a reforçar o seu senso de cumplicidade**. **Evita-se mencionar o nome** do genitor alienado **dentro de casa**, **limita-se o contato da família com o genitor alienado**, entre outros atos perversos. Ainda, **instiga-se a criança a chamar o genitor alienado pelo seu primeiro nome (e não pai ou mãe)**, **encoraja-se a criança a chamar o padrasto ou a madrasta de pai ou de mãe e abrevia-se o tempo da visitação**. (grifou-se)

Trata-se, portanto, a alienação parental, de campanha de desqualificação realizada por alguém que tenha autoridade sobre a criança em detrimento de alguém com quem ela tenha convívio. É o ato de programar a criança para rejeitar, odiar, ou afastá-la de algum modo daquele a quem se chama alienado. Conceituação que já existia antes de 2010 e permaneceu após a Lei da Alienação Parental.

De acordo com Euclides de Oliveira<sup>243</sup>, que também reconhece a existência da alienação mesmo antes do advento da lei, os diferentes nomes ou expressões a ela conferidos compõem o que seriam as suas práticas:

Os diferentes nomes que podem ser ajuntados bem demonstram como se pratica a alienação parental: **“lavagem cerebral”** (pela influência nefasta na mente do filho), **“implantação de falsas memórias”** (pela introdução de elementos fantasiosos e prejudiciais ao outro cônjuge, fazendo o filho acreditar que sejam fatos verdadeiros, por isso motivadores de seu afastamento), **“pressão psicológica”** (chegando às raízes da coação moral, por impingir ao filho conduta danosa ao outro genitor), **“relação de influência”** (que é pouco, diante da carga de força negativa empregada contra a

---

242 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Alienação Parental. *Regina Beatriz Tavares da Silva (site acadêmico)*, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=288>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

243 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 238.



mente do filho em formação), “fazer a cabeça da criança” (no sentido comum de desviar a liberdade de expressão e direcionar a conduta pessoal de outrem), etc. (grifou-se)

Duas ressalvas contudo devem ser feitas. A primeira, e que será explicada mais adiante é que a figura do alienador não se restringe aos genitores, apesar da doutrina sempre tratá-lo como tal, a criança e o adolescente tem direito a convivência tanto familiar como comunitária, e nessas esferas devem ter seus direitos e garantias resguardados com prioridade.

A segunda ressalva é que a ação do alienador poder ser consciente ou inconsciente, ou seja, apesar de parecer um ato arдил sob um prisma de crueldade, nada obsta que o seu autor o execute sob a real crença de proteger o filho. Embora não haja justificativa para tal, por vezes ele supõe que o fazendo protegerá o filho de ser submetido ao mesmo mal que lhe fora causado.<sup>244</sup>

Assim, embora pareça um conceito e, portanto, um fato simples e objetivo em sua compreensão, ao analisá-lo é possível dizer que não é esta a realidade. A alienação é ampla em suas ações e consequências, e encontra relação com a quebra de obrigações do poder familiar, e de garantias de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos no âmbito da sociedade brasileira. Assim, imprescindível saber identificar quem são os personagens aqui envolvidos e suas características importantes.

### 3.2 Quem sofre e quem comete

No fenômeno da alienação parental identificam-se pelo menos três sujeitos: o alienador, o alienado e a criança ou o adolescente — que de certo modo também são alienados, porque a origem da palavra significa: “afastado, desviado, separado”<sup>245</sup>, o que ocorre efetivamente com ambos.

Há autores que entendem importante a determinação correta da nomenclatura, e por esse motivo se optou por usar o termo conforme sua designação semântica que possibilita uma melhor aproximação do assunto com a sociedade. Sob a ideia de que: “[...]A Justiça deve

---

244 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43-44.

245 ALIENADO. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=alienado>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

ser compreendida em sua atuação por todos e especialmente por seus destinatários. Compreendida, torna-se ainda mais imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito”<sup>246</sup>.

Ainda que a maioria considere o alienado como o genitor ou responsável que sofre a alienação, e a criança ou adolescente como vítima há quem entenda que há uma inversão dessa nomenclatura, já que a verdadeira alienada é a criança ou adolescente, receptor da equivocada percepção, enquanto o adulto que a sofre seria a vítima. Isto fica evidente quando se passa a avaliar a nomenclatura com relação à sua perspectiva. Assim, a criança ou o adolescente são alienados sob a perspectiva *ex parte principii* (Estado) da relação familiarista.<sup>247</sup>

A despeito da doutrina que opta por designação inversa, o presente estudo se utiliza da majoritária, por entender popularmente conhecida, e correta em sua origem, principalmente posteriormente à Lei da Alienação Parental. Além de consolidar termo acessível a todos os cidadãos, conforme já fundamentado anteriormente.

Posto os três principais personagens desse tema, tem-se que o alienador é quem comete o ato de alienar, influenciando a criança ou o adolescente de modo a afastar-se (física e emocionalmente) daquele a quem se chama alienado.

O psicólogo Jorge Trindade<sup>248</sup> destaca que apesar de pai e mãe, ou cuidadores, poderem ser alienadores, a figura materna é a mais frequentemente identificada neste papel em decorrência da tradição que a põe como guardiã dos filhos quando pequenos.

A mulher continua sendo a principal guardiã dos filhos, conforme o censo de 2010, pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE, que indica que a guarda em percentual, é conferida em 88,83% às mulheres; 5,23% a ambos os cônjuges; 5,14% aos homens; e 0,55% a outras pessoas. Análise realizada com base nos 38.226 processos de separação judicial findos em primeira instância no Brasil.<sup>249</sup>

Em geral, os conceitos de alienação parental abordados pelos autores mencionados

---

246 ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros. *O judiciário ao alcance de todos: noções básicas de jurisprudências*. 1. ed. Brasília: AMB, 2005, p. 4.

247 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

248 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 23-24.

249 IBGE. Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA. Estatística do Registro Civil: Tabela 2948 - Separações judiciais concedidas em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade, e Número de filhos menores de idade dos casais envolvidos, por número de filhos do casal, responsáveis pela guarda dos filhos e lugar da ação do processo. Brasília. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

nesta pesquisa afirmam que normalmente ela se dá por ato do genitor - guardião, tendo por alienado o genitor não-guardião. Dizer que o conceito é este, contudo, não significa que o fenômeno esteja restrito a essas pessoas, há, ao contrário uma amplitude que pode ser percebida com a leitura do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 combinado à doutrina que trata do assunto.

Apesar do art. 2º da Lei da Alienação Parental dispor em seu caput que o alienado é o genitor, é possível perceber através da leitura dos incisos IV, VI e VII, que se estende, também, a outros parentes, como os avós, por exemplo, ou aqueles que tenham regulamentado o direito de convivência, a que se sabe não estar adstrito aos genitores, dependendo, é claro, do caso em concreto. Assim como não se restringe a figura do alienador.

Ensina Euclides de Oliveira<sup>250</sup> que:

A locução se completa como o qualificativo “parental”, que diz respeito à posição dos pais da criança ou do adolescente sob disputa num litígio de família. Num conceito mais amplo, no entanto, **estende-se o adjetivo a outros parentes próximos que participem do núcleo de convivência, como os irmãos, os avós, e outros agregados, tanto no polo ativo como no polo passivo da prática alienante.** (grifou-se)

O artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 traz rol exemplificativo, tanto em seu caput quanto em seu parágrafo. Trata-se de um norteador, que objetiva defender a criança e o adolescente das práticas de alienação exercidas por qualquer daqueles que possam se valer da autoridade parental ou afetiva para prejudicar, através e diante da criança ou do adolescente, alguém que também detenha esse mesmo tipo de autoridade. Alcança-se a própria esfera do direito à convivência familiar, reconhecido cada vez mais, primeiro pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, depois pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º, e agora em 2011 através da Lei nº 12.398, que alterou o artigo 1.589 do Código Civil e o artigo 888 do Código de Processo Civil, conferindo aos avós o direito de requerer a regularização da visita (convivência) aos netos.<sup>251</sup>

Para Euclides de Oliveira: “Como se vê, a alienação parental não se restringe à briga dos pais em guerra mas, como toda disputa familiar, **lança ao redor respingos de lama que fatalmente atingem toda a constelação familiar em torno do filho** sob disputa de

---

250 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 237.

251 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 35.

guarda ou de visitação”.<sup>252</sup> Ou seja, apesar de se poder identificar sujeitos da alienação, os seus efeitos se estendem a toda a família, todos são vítimas, ainda que nem todos sejam autores.

É importante se destacar que diante de tamanha influência no desenvolvimento de crianças e adolescentes, o que é inevitável nesse processo de programação, não é possível resguardar a criança somente com relação aos atos cometidos por seus pais e deixá-la ao desamparo se ele está sendo cometido por outro parente ou responsável. O princípio da proteção integral da criança, garante que esta esteja **a salvo de qualquer ato lesivo**.

Parentes ou responsáveis pela criança, tutores, curadores, ou quem quer que seja podem alienar ou ser alienados<sup>253</sup>, fundamental é notar o que tal ato tem refletido na vida do menor.

Um exemplo de alienação que vai além dos pais é o do livro “Pelos Olhos de Maisie”, romance de Henry James. Nele é possível detectar a ocorrência da alienação através do olhar de uma menina que está em meio a pais separados e se vê confusa com relação aos seus afetos. É bombardeada de impressões sobre seus pais e seus respectivos novos companheiros, a respeito uns dos outros, de modo que acaba sendo jogada de uma casa a outra como objeto, e conduzida a mercê dos interesses dos que se responsabilizam por ela no momento. Na história há uma clara confusão entre tantos alienadores e alienados, que além dos pais têm as figuras dos seus companheiros.<sup>254</sup>

Essa não restrição não é ilimitada, mas está relacionada sempre a pessoas muito próximas à criança, sobre as quais esta nutre algum respeito ou admiração, já que a sua falta interferirá diretamente no seu comportamento social, como reafirmado diversas vezes durante este estudo.

Mas como identificar um alienador? Quais as suas características principais?

---

252 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 237.

253 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-50.

254 JAMES, Henry. *Pelos Olhos de Maisie*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

### 3.2.1 O alienador

O alienador pode ser um dos genitores, avós ou outra pessoa que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância (art. 2º da Lei nº 12.318/2010). Com esse rol a lei permite uma dimensão de autores ampla, dentro daquelas pessoas que tenham autoridade sob a criança, ou uma convivência próxima, porque são essas que têm tempo para construir o cenário da alienação. O que funciona como impeditivo à intermediação de terceiros como uma forma de mascarar a ocorrência da alienação.<sup>255</sup>

Compreender essa amplitude na possibilidade de determinar quem possa ser alienador é fundamental. Tanto que Euclides de Oliveira também faz essa ressalva dizendo que a influência alienatória, portanto negativa, pode vir de outros componentes da família extensa que não apenas os genitores e avós, os irmãos, tios, agregados, ou qualquer outra pessoa que mantenha com a criança ou o adolescente uma relação pessoal íntima no âmbito familiar.<sup>256</sup>

Apesar disso, diz-se que a forma mais comum de sua ocorrência é entre pais e filhos, de onde Gardner partiu para dar nome a esse fenômeno. E assim, nesse caso, normalmente a alienação é uma resposta vingativa a um rompimento relacional mal elaborado. Cumpre destacar que:

[...]quando não há filhos o processo, por mais que seja doloroso e dificultado, não demanda a convivência prolongada do casal, como ocorre no caso de haverem filhos comuns. A própria manutenção do vínculo de parentalidade prolonga o sentimento de perda, porque faz com que o convívio entre os ex-cônjuges seja de certa forma inevitável, e, dependendo do caso, pode gerar um desejo de vingança.[...]<sup>257</sup>

O alienador se aproveita da confiança que a criança ou o adolescente tem por ele para transferir-lhe um sentimento seu, se aproveitando da “deficiência de julgamento” do menor para influenciá-lo através de “pílulas negativas” a respeito do alienado.<sup>258</sup> Seu principal

---

255 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

256 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 243-244.

257 SOUZA, Monaliza Costa de. As Garantias dos Filhos Frente a Alienação Parental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 29, p. 143-189, nov. 2011, p. 151.

258 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

objetivo é consolidar o afastamento da criança ou do adolescente do convívio com alguém que lhe é importante.

Suas condutas podem ser aquelas enumeradas nos incisos do art. 2º da Lei nº 12.318/2010 ou outras, a cargo da avaliação do juiz. Seriam elas, **exemplificativamente**:

- a) desqualificar constantemente a conduta do genitor no exercício da parentalidade;
- b) dificultar o exercício da autoridade parental;
- c) impedir o contato com a criança, ou seja, dificultar o exercício do direito de convivência;
- d) omitir informações sobre a criança ou o adolescente (escolares ou médicas, por exemplo);
- e) apresentar falsa denúncia, objetivando o afastamento (por exemplo, falsa denúncia de abuso sexual – falsa, porque se verdadeira o afastamento é justificado e não se trata de alienação);
- f) mudar de domicílio para outro mais distante, sem justificativa e de modo a impedir o exercício da convivência familiar pela criança.

Tais ações compõem os elementos comportamentais alienatórios que podem surgir de maneira conjunta ou isolada, determinando assim o grau de gravidade da alienação.<sup>259</sup> Ademais, não há restrição, como já dito, trata-se de exemplos de ações. Nada obsta que o juiz identifique alienação em outros tipos de ação, que tenha tipificado após realizar perícia, ou mediante prova obtida no curso da ação em que se discute a incidência ou não da alienação parental.<sup>260</sup>

O alienador pode, ainda,

[...] criar no menor a falsa impressão de que tudo o que aquele genitor promove está errado, ou seria mais bem feito por aquele que promove a campanha que denigre a imagem do outro perante o filho, fazendo com que essas incertezas acarretem insegurança no menor e, por via reflexa, o afastamento cada vez maior daquele genitor que está sendo alienado.<sup>261</sup>

Os atos executados pelo alienador objetivam o afastamento, por isso ele se utiliza de diversas artimanhas a fim de que a criança mude sua admiração pelo outro em um tipo de

---

259 OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação Parental*, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. *Anais...* Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 239.

260 OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação Parental*, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. *Anais...* Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 244.

261 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

repulsa. Não haveria como enumerar cada tipo de atuação possível, ou cada desculpa. O seu número é aquele a que a capacidade humana determina.

Tal comportamento do alienador parece demonstrar a busca por atender necessidades egoístas. De acordo com Jorge Trindade essas necessidades são advindas de uma personalidade caracterizada pela: “dependência, baixa autoestima, condutas de desrespeito a regras, hábito contumaz de atacar as decisões judiciais, [...], sedução e manipulação, dominância e imposição, [...]”<sup>262</sup>.

Marcos Duarte<sup>263</sup> vai além e caracteriza os alienadores como indivíduos com perfil psicopatológico, que: “São incapazes de serem confiáveis e responsáveis. Não honram compromissos formais ou implícitos, nem perante o juiz ou outra autoridade.[...]”. Para ele, ainda, a mentira é uma constante nas relações que envolvem o alienador, que teria, inclusive, um perfil de psicopata, que vitimiza pessoas frágeis.

Embora esse pensamento tenha a intenção de criar um perfil do alienador, não é possível taxá-lo como um doente, ao Direito cabe entender a sua dinâmica de atuação e o contexto em que se encontra.

Usar o filho, como instrumento de agressão, seja ela em que nível for, indica uma imaturidade em lidar com fatos do cotidiano, como, por exemplo, o divórcio. O alienador ignora que a criança ou adolescente que manipula estão em processo de desenvolvimento, portanto, são indivíduos frágeis, não sendo plausível exigir deles que tenham que realizar escolhas nas suas relações de afeto, principalmente quando se fala de seus pais.<sup>264</sup>

Mesmo assim, apesar de parecer que aquele que pratica a alienação possa ser um cruel consciente, suas ações, para ele, podem configurar-se como protetoras do filho, preocupadas com o seu bem-estar. Ele, de uma maneira por vezes inconsciente, acredita de fato que o que está fazendo é o melhor. Mas, ainda assim, isso não valida suas atitudes. Consciente ou inconsciente a alienação parental não o deixa de ser. Zaman<sup>265</sup>, juíza de direito, diz que:

O genitor alienador é quase sempre uma figura superprotetora, que acha que pode controlar tudo e todos. Não entende seus filhos como seres humanos separados de si,

262 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

263 DUARTE, Marcos. *Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda*. 1. ed.. Fortaleza: Leis&Letras, 2010, p. 113 e 115.

264 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 350.

265 ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. A síndrome de alienação parental: um estudo exploratório. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 173-194, mai./ago. 2006, p. 178.

com personalidade, vontades e desejos. É acometido de um desejo irracional de ter o amor dos filhos com exclusividade.

Não percebe ele, contudo, que não está protegendo mas colocando seus filhos em risco, um risco de dano psicológico talvez irreparável.

A gravidade do ato de alienar está, também, no fato de que o alienador pode se envolver tanto na história desqualificativa que cria para a criança ou adolescente, que passa a não distinguir mais a diferença entre a mentira criada e a verdade, e acaba convencendo-a do que é dito.<sup>266</sup>

Fonseca<sup>267</sup> expõe que:

[...] Se, por um lado, logra o genitor alienante prejudicar o alienado, por outro, torna vítima dessa situação a criança. A partir daí, como veremos, as consequências para os filhos – ainda que a ruptura da convivência com o outro progenitor não seja absoluta – são as mais graves possíveis.

As características do alienador são, geralmente, resultado de uma possessividade com relação à criança ou adolescente ou de um visível interesse de vingar-se do outro. Assim, sua personalidade rege suas atitudes que podem ser das mais variadas, como visto, por meio de ações ou omissões.

Para a psicóloga Maria Antonieta Pisano Motta<sup>268</sup>, o alienador desvaloriza a existência do alienado, e o entende prejudicial à criança. Estaria ele afrontando “[...] aos princípios psicológicos que regem a higidez mental das crianças e garantem seu desenvolvimento normal. [...]”. Por isso a atribuição da guarda deve ser concedida a quem ao contrário facilita essa relação, criando um ambiente saudável para a criança ou o adolescente.

As características do alienador repercutem diretamente na sua atuação como responsável pela criança e pelo adolescente. Considerando que a maioria deles é pai ou mãe, agir da maneira como foi descrito vai de encontro com os preceitos legais do poder familiar.

---

266 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 418.

267 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Síndrome de Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 07-14, fev./mar.. 2007, p. 09.

268 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 109.



### 3.2.2 O alienado

O alienado, apesar do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 referi-lo como genitor, pode ser qualquer outro adulto por quem a criança tenha afeto ou que sob ela tenha responsabilidade.

Não há na doutrina estudada um perfil delimitado do alienado, embora para o alienador haja uma dezena de características que podem compor sua personalidade. Sabe-se que é o alienado alguém que, em princípio, não justifica a agressividade ou o desdém recebido.

Instalada a alienação avalia-se o alienado, normalmente, como tendo uma relação afetiva com a criança ou o adolescente, “um genitor amoroso, adequado e presente”, e que se comporta de maneira que não justifica a atitude da criança, embora possa ele demonstrar alguma dificuldade no exercício da parentalidade, que não seria suficiente para gerar a repulsa da criança.<sup>269</sup>

Nada impede, entretanto, que, apesar disso, esteja o alienado de alguma forma colaborando com o processo alienatório em decorrência de suas características pessoais, as vezes de maneira inconsciente. Através de sua passividade, da deficiência no exercício da autoridade, explosões, dentre outras, é possível que esteja contribuindo para a consolidação da alienação. Do mesmo modo, identificada esta contribuição é possível que o próprio alienado mude sua postura vitimizada e contribua para uma nova dinâmica familiar.<sup>270</sup>

O processo de restauração do vínculo, e de resgate da criança ou do adolescente, requer que o alienado, enquanto estiver em convívio com o menor, lhe proporcione uma realidade diferente daquela que lhe é apresentada pelo alienador. É necessário proporcionar “experiências emocionais corretivas”, que desconstruam a percepção distorcida estabelecida pelo alienador.<sup>271</sup>

Conforme Kopetski<sup>272</sup>, essa experiência positiva não se restringe aos pais, mas

---

269 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 109.

270 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67-68.

271 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 114.

272 KOPETSKI, L. M. Identifying cases of parent alienation syndrome. Part I; *The Colorado Lawyer*, v. 27, n. 2,

àqueles que a criança tem como adultos significativos em sua vida, e que contribuirão na construção da percepção do mundo a sua volta:

De acordo com a teoria cognitiva, as crianças não dependem apenas afetivamente de seus genitores, mas sua dependência se estende ao campo cognitivo em função de sua limitada experiência e habilidades perceptivas que as tornam dependentes dos adultos significativos, em geral, pai e mãe.

A compreensão cognitiva e a visão que elas têm de mundo e das pessoas é moldada por um conglomerado de percepções imediatas combinadas com percepções que os adultos que delas cuidam compartilham com elas.

Como as crianças acreditam muito mais nas percepções de seus pais do que nas próprias percepções, elas participam de qualquer distorção perceptiva ou delírio que seja compartilhado com elas por um genitor, a menos que haja fatores mitigadores, atenuantes.

As crianças e os adolescentes dependem da realidade prática do meio em que vivem para que constituam percepções positivas ou negativas. Se o alienador a faz acreditar que o alienado é uma pessoa “ruim”, ela precisa perceber que as atitudes desse alienado não condizem com o que lhes é transmitido, e que ele não lhe parece uma má pessoa. Situação, contudo que, como se sabe, demanda tempo. Por isso a necessidade de se consolidar uma atuação eficaz nesses casos, já que quando a questão é tempo a justiça tende a não acompanhar a realidade.

### ***3.2.3 As crianças e os adolescentes alienados***

As crianças e os adolescentes, em suas relações sociais, têm adultos com quem tem maior ou menor afinidade, assim como ocorre na relação parental. Isso se dá basicamente em função da atenção a ela dispensada, da convivência com este adulto, de sua companhia, cuidado, carinho e afeto. Deste modo, quando tais elementos não são cultivados é normal que haja um certo distanciamento, ainda maior quando a criança ou o adolescente encontra com aquele adulto um ambiente hostil, rude.<sup>273</sup>

A alienação parental provoca esse distanciamento, contudo não de forma natural. O

---

fev.1998, p. 65-68. In: MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 114.

273 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 107.

menor<sup>274</sup> alienado funciona como um instrumento de vingança, um meio de atingir emocionalmente o alienado. A criança ou o adolescente nessa situação não percebe que está sendo manipulado e normalmente não tem justificativa plausível para o afastamento.<sup>275</sup> É por esse motivo que se diz que

[...] a diferença entre uma criança alienada e aquela com dificuldade de relacionamento com um dos genitores é que a segunda, quando capaz de expressar-se, revela desejar obter relacionamento positivo com o genitor como qual tem dificuldades e é também capaz de articular boas razões para ter buscado diminuir o contato com aquele genitor.<sup>276</sup>

Sua reação pode ser rejeitar, denegrir e nutrir esse sentimento negativo em relação ao alienado — pessoa a qual amava e com quem convivia pacífica e positivamente, como um resultado da “programação mental sistemática” a que é submetida, e que a deixa sem referenciais seguros e claros.<sup>277</sup> Embora para se configurar a alienação parental não haja necessidade de efetivo repúdio da criança, mas necessariamente é preciso que o seu vínculo com o alienado esteja prejudicado, o que de acordo com Elizio Luiz Perez é um reforço à preventividade da Lei nº 12.318/2010.<sup>278</sup>

As crianças e adolescentes são vítimas frágeis no processo alienatório, embora saiba-se que nem sempre no dia a dia elas o sejam, há aquelas que se aproveitam da separação dos pais para adquirir vantagem e colaboram nesse distanciamento. Fato é que, ao contrário dessas as crianças e os adolescentes alienados costumam ficar confusos, afinal seus sentimentos são reprimidos, e acabam por declarar ódio ao alienado como um mecanismo de defesa, ainda que no fundo mantenha por ele afeto. Isso tudo se traduz em agressividade, ataque sem remorso ao alienado, e lealdade absoluta ao alienador,<sup>279</sup> além de ansiedade, medo, insegurança, isolamento, depressão, tristeza, hostilidade, dificuldade escolar e de organização, intolerância

274 O termo menor nesta pesquisa não é utilizado com conotação negativa, mas com o objetivo de fazer referência às crianças e aos adolescentes, que são as vítimas de alienação parental abrangidas pela Lei nº 12.318/2010.

275 GUAZZELLI, Mônica. Da alienação parental à acusação de abuso sexual, p. 87-93. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 89.

276 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 107.

277 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 105.

278 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). p. 61 – 94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

279 ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. A síndrome de alienação parental: um estudo exploratório. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 173-194, mai./ago. 2006, p. 182-183.

à frustração, sentimento de frustração e culpa, transtornos de identidade, comportamentos suicidas e outros.<sup>280</sup> Um visível conflito interno, em que

Tomar partido da mãe (ou do pai) tem um preço bastante alto: o de pensar que perderá o amor do outro genitor para sempre. Assim, o conflito interno se avulta e o sentimento de culpa é muito grande, equiparando-se a uma verdadeira tortura. É, sem dúvida nenhuma, uma forma de abuso infantil, com danos muitas vezes irreversíveis para a saúde mental do filho.<sup>281</sup>

Todas essas características já foram detectadas, mas não necessariamente ocorrerão em conjunto em todos os casos. Elas constroem uma visão geral do que se pode verificar em casos de alienação parental, uma vez ser ela prejudicial. Enumerar as possíveis características é uma maneira de proporcionar uma visão mais atenta ao cotidiano, tanto dos juristas quanto da sociedade.

Conforme Mônica Guazzelli<sup>282</sup> tratam-se de “balizas de referência”:

[...] (1) agressividade verbal ou física, justificada pelo filho por motivos fúteis ou absurdos; (2) sentimento de ódio, expresso sem ambivalência, sem demonstrar culpa por denegrir ou agredir o genitor alienado e parentes deste; (3) a criança afirma que chegou sozinho às suas conclusões e adota a defesa do genitor alienador de forma racional; (4) o filho conta casos que não viveu e guarda na memória fatos considerados “negativos” sobre o genitor alienado, que ele não se lembraria sem a ajuda de outra pessoa; (5) o menor não quer se encontrar com o genitor alienado.

Trata-se de uma verdadeira “lavagem cerebral”, em que o pior prejuízo às crianças refere-se ao fato de que ainda estão em desenvolvimento, sua “[...] personalidade é frágil e ainda em formação. A sua capacidade de raciocínio ainda é imatura e não é capaz de compreender que está sendo vítima dessa doença, podendo se conscientizar disso somente na vida adulta ou jamais.”<sup>283</sup>

Isso é claramente compreendido através dos depoimentos que compõem o documentário “A Morte Inventada”<sup>284</sup>, aonde adultos falam sobre as experiências que tiveram com seus pais enquanto crianças, vítimas da Alienação Parental. Narram no documentário que enquanto criança não tinham compreensão do que se passava com eles, e se aliavam ao alienador porque era aquele que estava mais próximo e conseguia convencê-los, embora no

280 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

281 ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. A síndrome de alienação parental: um estudo exploratório. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 173-194, mai./ago. 2006, p. 182-183.

282 GUAZZELLI, Mônica. Da alienação parental à acusação de abuso sexual, p. 87-93. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 89-90.

283 ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. A síndrome de alienação parental: um estudo exploratório. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 173-194, mai./ago. 2006, p. 183.

284 ALAN MINAS. *A morte inventada – Alienação Parental*. DVD. Produção: Daniela Vitorino. Brasil. Rio de Janeiro: Caraminhola Produções, 2009.

fundo não deixassem de esperar o amor do outro, o alienado. Quando adultos o vínculo com o alienado já não existia, e a busca por restabelecê-lo já não era tão fácil, enquanto o sofrimento por ter sido traído pelo alienador lhes doía. Romper com o alienador, então, era talvez a única maneira de mudar os caminhos de sua vida.

O comportamento do alienador faz com que a criança precise optar entre ele e o alienado, e não raro ela se torna seu defensor (do alienador). Há quem diga que:

[...] o menor se transforma em defensor abnegado do guardião, repetindo as mesmas palavras aprendidas do próprio discurso do alienador contra o “inimigo”. O filho passa a acreditar que foi abandonado e passa a compartilhar ódios e ressentimentos com o alienador. O uso de táticas verbais e não verbais faz parte do arsenal do guardião, que apresenta comportamentos característicos em quase todas as situações. Um exemplo típico é apresentar-se no momento da visita com a criança nos braços. Este gesto de retenção comunica ao outro um pacto narcisista e incondicional de que são inseparáveis.<sup>285</sup>

Não se pode deixar de considerar, contudo, que um conjunto de fatores leva uma criança a sofrer os efeitos da Alienação Parental. É preciso se considerar sua idade, características da sua personalidade, o vínculo estabelecido, seu poder de recuperação, além da capacidade do alienado lidar com o problema.<sup>286</sup> A fragilidade da vítima, como já mencionado oportunamente, é um instrumento do alienador.

Diz-se que a criança para ser alienada precisa ser capaz de participar, retendo as informações que lhe são transmitidas, dando continuidade ao processo,<sup>287</sup> ocorre que essa necessidade advém do conceito originário de Síndrome da Alienação Parental, o que não se aplica à Lei 12.318/2010, em que os atos do alienador, impeditivos à convivência com o alienado, se bastam na configuração do fenômeno alienatório (art. 2º da Lei nº 12.318/2010).

### 3.3 Causas e Consequências

Não há como negar que as causas da Alienação Parental são as mais diversas dentro do sistema relacional em que se encontram os seus sujeitos. O fato é que o embate se dá entre

---

285 DUARTE, Marcos. *Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda*. 1. ed.. Fortaleza: Leis&Letras, 2010, p. 114.

286 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

287 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 108.

alienador e alienado, e a criança ou adolescente é um meio de atingir o outro.

Trindade<sup>288</sup> contextualiza a alienação parental como: “[...] palco de pactualizações diabólicas, vinganças recônditas relacionadas a conflitos subterrâneos inconscientes ou mesmo conscientes, que se espalham como metástase de uma patologia relacional e vincular.”. A descrição, quase que teatral, pode esconder a sutileza entre a normalidade e o início de um processo alienatório. Os atos são mais comuns do que se imagina.

Uma separação mal resolvida pode ser um campo fértil ao desenvolvimento deste mal. Seja como uma forma de vingança pela frustração de um relacionamento que não teve sucesso, seja por uma vontade consciente ou não de, em meio a briga, manter o ex-cônjuge ou ex-companheiro por perto. Ao filho cabe ser mais uma “carta na manga” nessa espécie de jogo que é travado.

Apesar da subjetividade que lhe dá causa, a alienação pode se revelar em situações geradas a partir do contexto da família desfeita. Numa ação de alimentos, por exemplo, ou quando o ex-companheiro tem um novo relacionamento estável e com aparência de duradouro, na medida em que a lide e as limitações ao acesso ao filho são armas em potencial.

289

Mônica Guazzelli<sup>290</sup> ilustra bem o que é dito no parágrafo anterior quando recorda um fato ocorrido no Rio Grande do Sul, no dia 26 de abril de 2010, noticiado pelo jornal Zero Hora, em que um pai matou seus três filhos e se suicidou, tendo deixado registrado que seu ato teria sido motivado pela separação à quinze dias da mulher, e as mortes seriam uma forma de fazê-la sofrer. Essa história é um caso extremado, em que só não houve de fato a alienação porque o autor certamente tinha um grave transtorno psicológico, um desequilíbrio emocional em estágio avançado, que não foi percebido e, portanto, não pôde ser tratado.

Ainda que haja a ação do alienador, não há como dissociar do contexto alienatório a reação do alienado. Sua luta ou passividade na manutenção da relação com a criança ou adolescente pode fazer a diferença no resultado do processo. Há quem se sinta incapaz, impotente, e acaba contribuindo, aceitando a alienação, e se afastando, entendendo ser o melhor. Além disso, o sentimento de abandono produzido na criança pode fazer com que ela

---

288 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

289 DUARTE, Marcos. *Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda*. 1. ed.. Fortaleza: Leis&Letras, 2010, p. 114.

290 GUAZZELLI, Mônica. Da alienação parental à acusação de abuso sexual. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 88.

mesma se recuse a estar com o alienado, ou seja, ambos vítima e alienado podem contribuir no processo de instalação definitiva da alienação.<sup>291</sup> Uma solução para o alienador, mas certamente um prejuízo a vítima e alienado. Como se pode verificar nos depoimentos do documentário “A Morte Inventada”<sup>292</sup>, o abandono se reflete na construção da personalidade, no desenvolvimento social da criança e do adolescente. Pode surgir daí um adulto com medo dos seus relacionamentos, de repetir os erros dos pais, um adulto inseguro. Por esse motivo quando mais cedo a sua identificação melhor, pois as consequências para as crianças e adolescentes é avassaladora.

### **3.4 A identificação da Alienação Parental**

Não é simples a identificação de um ato de alienação, afinal é preciso saber a sensível distinção do que é normal para o que possa configurá-la, e de todos os fatos que a envolvem. Sabe-se que de alguma forma ela é comumente identificada no âmbito de um processo de rompimento do casamento ou da união estável, embora também ocorra em outras situações. Uma denúncia de abuso, por exemplo, que como já dito não pode ser desconsiderada, tida por falsa, simplesmente porque o guardião é um possível alienador, haja vista seu comportamento estar dentro daqueles a que se conceitua como alienação parental. É preciso cautela, uma investigação criteriosa pelo juiz, e todos aqueles que sejam convocados a participar de um processo como este: advogados, promotores, assistentes técnicos, peritos, todos precisam ser bem qualificados para poderem de fato auxiliar na prevenção e combate deste mal. Sinais de afastamento, rejeição, medo, e outros, despertam a desconfiança pela ocorrência da alienação.

Em princípio pode-se destacar três níveis de classificação da alienação parental: leve, moderada e grave – embora a lei não faça tal distinção. Seria leve quando o guardião apenas afasta o filho do outro genitor, impondo obstáculos ao convívio. Quando o alienador, além de realizar o afastamento, também realiza uma campanha de desqualificação do outro para a criança, a alienação passaria de leve a moderada. E a grave, por fim, ocorreria quando se

---

291 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54 e 57.

292 ALAN MINAS. *A morte inventada – Alienação Parental*. DVD. Produção: Daniela Vitorino. Brasil. Rio de Janeiro: Caraminhola Produções, 2009.

soma aos atos anteriores a implantação de falsas memórias na criança, o que por vezes se ouve chamar de lavagem cerebral, que seria quando o alienador convence a criança de que fatos ruins aconteceram com ela, mesmo sem ocorrer, e eles foram causados pelo alienado, podendo chegar a falsa acusação de abuso sexual ou maus-tratos, e assim por diante.<sup>293</sup>

Apesar dessa graduação, não se pode desconsiderar que a avaliação do nível serve apenas de parâmetro para uma eventual ação em face deste alienador, um norteador aos operadores do direito ou aos profissionais que se encontram em contato com a criança ou o adolescente.

A análise pelo juízo de família deve sempre ocorrer caso a caso, com a preocupação de que o contexto social em que se encontra é fundamental para o desenvolvimento da criança ou do adolescente envolvido. Afinal, toda e qualquer prática de alienação, conforme estabelece o artigo 3º da Lei 12.318/2010:

[...]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.

E nesse sentido a lei não estabelece níveis, embora a doutrina o faça. Diz-se que diante da dificuldade de caracterização da alienação ao juiz cabe conduzir o processo de forma cautelosa, valendo-se do que necessário for para apoiar em bases sólidas sua decisão: perícias, estudos multidisciplinares.<sup>294</sup> É por isso que deve ele recorrer a psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, e quem mais lhe possa auxiliar, lhe possibilitando uma visão mais próxima da realidade existente, capaz de proporcionar uma maior segurança no momento da decisão.

É nessa ótica que o artigo 5º da Lei nº 12.318/2010 possibilita num processo com indícios de alienação a produção de prova pericial, psicológica<sup>295</sup> ou biopsicossocial, a

---

293 GUAZZELLI, Mônica. Da alienação parental à acusação de abuso sexual. In:\_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 89.

294 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

295 O perito e o assistente técnico psicólogo ganharam em 30 de junho de 2010 a Resolução nº 08 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), com o firme objetivo de dispor a respeito da atuação desses profissionais no Poder Judiciário. A época discutiu-se o fato desse normativo determinar a não interferência no serviço, e, portanto, a restrição sobre a presença da assistência técnica no momento da perícia. A preocupação tanto do Judiciário quando do CFP são justificáveis, àquele porque pretende garantir que às partes seja oportunizada a defesa, a este porque está preocupado com o exercício da profissão de forma eficiente. Cumpre a nós profissionais do Direito identificar quando se trata de uma necessidade indispensável ou de um preciosismo que poderia ser suprido por outra atitude que estaria de acordo com a situação. A viabilização de um corpo de profissionais que pudesse verificar a lisura do processo de avaliação do perito poderia ser uma solução, mas



requerimento do juiz, que em noventa dias deverá ter em mãos um laudo feito por profissional ou equipe habilitada, com experiência para diagnóstico na área, com a finalidade de melhor subsidiar a decisão. O laudo deve ser completo, com análise feita através de entrevista com as partes, exame de documentos do processo, histórico relacional do casal e da separação, cronologia dos incidentes, avaliação das personalidades e exame do comportamento da criança ou do adolescente, assim como diz o parágrafo primeiro do dispositivo citado. Essa composição do laudo, além de estar contida na Lei da Alienação Parental, também é prescrita pela Resolução nº 08, de 30 de junho de 2010, do Conselho Federal de Psicologia, que dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no âmbito do Poder Judiciário, e estabelece em seu artigo 3º, conforme a especificidade de cada situação. Essa composição do laudo, além de estar contida na Lei da Alienação Parental, também é prescrita pela Resolução nº 08, de 30 de junho de 2010, do Conselho Federal de Psicologia, que dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no âmbito do Poder Judiciário, e

A perícia serve ao juiz na medida em que apresenta os indivíduos e situações com riqueza de detalhes, os quais seria difícil perceber de maneira imediata numa audiência, mas que se revela num contato mais prolongado ou mesmo fora do tribunal com os envolvidos. Assim, é importante que o magistrado se utilize da ótica diferente que possuem outros profissionais como assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, dentre outros. Esses profissionais constroem um histórico do caso, que informará sobre fatos relevantes à identificação da alienação parental.<sup>296</sup> É nesse sentido que:

A perícia multidisciplinar será um dos instrumentos no conjunto probatório da ação. A produção da perícia como prova processual possui um caráter objetivo e outro subjetivo. O primeiro se dá pelo fato de que o instrumento apresentará nos autos da ação um instrumento hábil e verificável, que tem por finalidade demonstrar a existência de um fato. O segundo é a influência psíquica que a perícia produz, pois retratar – documentar – uma realidade fática traz às partes envolvidas na ação a possibilidade de apreciação da prova produzida, para que seja corroborada ou contestada.<sup>297</sup>

Esse tipo de investigação refere-se à “[...] preocupação com a descoberta dos fatos

---

não há que se deixar de ressaltar que o simples fato de ser profissional que é auxiliar do juízo, e não das partes, deveria ser suficiente à segurança e confiança de todos os envolvidos.

A Resolução CFP nº 08/2010 encontra-se disponível no site: <<http://www.tributosdodf.com.br/index.php/content/view/11485.html>> . Acesso em 15 fev. 2013.

296 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 248.

297 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 68.

subjacentes aos indícios de atos de alienação parental. [...]”.<sup>298</sup> Para o advogado Marcos Duarte<sup>299</sup>,

O estudo psicossocial possibilita que a criança ou adolescente seja ouvida em seus sentimentos e desejos, como sujeito de direitos, assumindo posição ativa em prol de seus melhores interesses. O diálogo é a regra. A relação da criança com os profissionais em auxílio ao magistrado assume neste contexto uma possibilidade rica para que a criança ou adolescente compreenda o real significado de suas relações parentais. Elementar que a criança compreenda os papéis do juiz, do advogado, promotor e do profissional auxiliar. Fundamental que perceba a situação que se encontram seus pais e de que ela não é a responsável pelo conflito e nem para decidir sobre sua guarda ou visitas.

A oitiva da criança ou do adolescente permite que se tenha ciência do seu desenvolvimento psíquico, se ela está sendo alienada, em que grau isso ocorre, se de algum modo ela está contribuindo ou se aproveitando da situação. E, nesse sentido, o próprio perito pode auxiliá-la na compreensão dos comportamentos e do cenário em que se encontra sua família, colaborando para a desconstrução da possível alienação e restauração dos vínculos afetivos.

É claro que não se pode desconsiderar o fato de que a perícia é uma das provas do conjunto que auxiliará o juízo. Cumpre destacar, trecho de acórdão que menciona frases retiradas de um laudo:

No mesmo sentido, veja-se os trechos extraídos dos pareceres técnicos acerca da reação da menor quando instada a falar sobre o pai:  
“pavor diante da possibilidade de encontrar novamente seu pai” (fl. 656);  
“o meu pai colocou uma faca no meu bumbum”; deu “choque com o fio da luz” (fl. 505);  
“causando-lhe choques elétrico nos genitais” (fl. 655);  
“sugere que R. sofreu violências traumáticas na infância precoce” (fls. 905/907);  
“o pai é malvado, me trata muito mal, me dava cerveja, choque, tomava meu xixi, me deixava no quarto sem roupa, eu não gosto mais dele” (fl. 906);  
“aconteceram fatos que extrapolam o que se poderia considerar ‘brincadeiras’ e jogos interativos entre pais e filhos. Existem fronteiras que foram devassadas” (fl. 506);  
“constatei sinais, sintomas e defesas típicas de crianças que sofrem abuso sexual, físico e moral” (fl. 908);<sup>300</sup>

Essas questões demonstram parte do que compõe o processo para esclarecimento do

298 OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação Parental*, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 248.

299 DUARTE, Marcos. *Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda*. 1. ed.. Fortaleza: Leis&Letras, 2010, p. 128.

300 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70049039118 – RS*. Apelante: SM.D.. Apelado: E.N.P.. Relator: Rui Portanova, Gramado, RS, 28 fev. 2013. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70049039118&num\\_processo=70049039118&codEmenta=5125683&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049039118&num_processo=70049039118&codEmenta=5125683&temIntTeor=true)>. Acesso em: 11 mar. 2012.

cenário em que se encontra a criança, o abalo emocional sem dúvida existe. Porém ainda não se sabe ao certo se decorre da influência materna, ou da ocorrência real do abuso. Assim é possível afirmar que as provas não são únicas porque elas têm o condão de agregar informação ao processo, é o seu conjunto que trará respaldo ao juiz para a decisão.

A perícia é um recurso permitido em lei, trata-se de meio de prova, como disposto nos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil, e que no contexto da alienação parental ganhou grande relevância. De acordo com Douglas Phillips Freitas<sup>301</sup>, com o advento da Lei da Alienação Parental a perícia é utilizada de acordo com os preceitos da legislação processual, e não simplesmente como assistência técnica ou parecerista<sup>302</sup>, seguindo, portanto o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. “O perito é o sabedor do conhecimento técnico específico, nomeado pelo juiz, ou por meio de solicitação das partes ou intervenientes no processo, para apreciação de uma dada situação conflituosa”, a ele cabe constatar uma realidade fática a que o juiz não tem acesso enquanto da oitiva das partes, dadas as condições técnicas que o perito possui para avaliá-la.<sup>303</sup> Ou seja, o conhecimento especializado e o rito designado à perícia conferem a ela um valor probatório importante no processo que envolve discussões que vão além do fato que chega ao juiz através da narrativa das petições apresentadas pelas partes. “O respeito ao procedimento público e isonômico confere segurança às partes e aos seus direitos em litígio”.<sup>304</sup>

De outro modo, cumpre destacar que o legislador, mais do que estabelecer como meio de esclarecimento do juiz a perícia, determinou que dela resultasse laudo em um prazo máximo de noventa dias. O prazo exíguo para a elaboração do laudo, a que se refere o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei da Alienação Parental, reflete a urgência das medidas reclamadas e a prioridade no andamento processual<sup>305</sup> que tem por princípios fundamentais o melhor interesse da criança e a preservação da convivência familiar.

Também objetivando auxiliar a identificação é que o legislador, nos incisos do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, forneceu um rol exemplificativo das condutas que podem ser

---

301 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 39-40.

302 Observe que o perito é auxiliar do juízo (art. 139 do CPC) enquanto o assistente técnico é auxiliar da parte, profissional de sua confiança que não se sujeita a impedimento ou suspeição (art. 422 do CPC).

303 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 55 e 76.

304 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 59.

305 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 248.

consideradas como de alienação parental. Essas disposições “[...] não têm o condão de tornar objetivas as situações caracterizadas, podendo, algumas delas, ser promovidas como uma real forma de proteção do menor”.<sup>306</sup>

Não há que se condenar uma ação corretiva ou preservativa que ocorrera apenas momentaneamente. Nem sempre uma atitude aparentemente descrita como alienação será caracterizada como tal. É nesse sentido que se remete ao dito a respeito dos níveis de ação, e da peculiaridade de que um alienador comete atos reiterados. A sua finalidade é através disso afastar o genitor, porém efetivamente ele não possui justificativa para tal. Assim sendo, alguém que motivadamente faz esse afastamento, não necessariamente cometerá alienação.

É, pois,

**imprescindível que a conduta seja reiterada e fique patente a busca pelo afastamento [...]**, já que, diante do processo difícil que se mostra a ruptura de uma união familiar, entre os pais, estes podem, em alguns momentos específicos – não reiterados -, criar embaraços para o exercício do direito de visita, sem que isso, por si só, configure o quadro de alienação parental.<sup>307</sup> (grifou-se)

A sensível questão da identificação lembra que não é incomum a ocorrência de abuso sexual como ato alienador, mas, ao mesmo tempo, o juízo em cautela não deve ignorar a denúncia sob a primeira perspectiva de ser alienação parental, é necessário que o magistrado se utilize dos meios disponíveis para verificação da veracidade da denúncia, perícias, por exemplo. De outro modo há que se mencionar que existem aqueles doutrinadores do Direito de Família que afirmam que não se deve deixar de prover a convivência com o suposto abusador, uma vez estando ele na condição de alienado. Não só parece, mas com certeza se trata de tarefa árdua e delicada do juiz, o manejo de um processo em que ocorra a suspeita de alienação parental, e denúncia de abuso. Ambas são graves, mas pior não seria submeter a criança ou o adolescente ao abusador, caso a denúncia venha a ser verdadeira? Fica levantada a questão.

A criança e o adolescente não podem ser privados de forma absoluta da convivência com qualquer dos genitores, exceto em caso de agressores, corruptos, drogaditos, alienados mentais e qualquer situação que possa pôr em risco a própria pessoa ou terceiros.<sup>308</sup> Esse é um direito fundamental seu que tem função relevante no seu desenvolvimento como pessoa, sua

---

306 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

307 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

308 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

preservação física e psíquica.

### **3.5 As respostas legais a quem comete alienação – procedimento e consequências**

Os procedimentos específicos de reconhecimento da alienação parental só foram estabelecidos no Brasil através da Lei nº 12.318/2010. Ainda assim, a própria lei, em seu artigo 3º, afirma que o ato da alienação fere direitos já existentes e resguardados no mundo jurídico, quais sejam: direitos fundamentais da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável; realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar; constituição de abuso moral contra a criança ou o adolescente; e os deveres inerentes à autoridade parental, ou decorrentes de tutela ou guarda.

O parágrafo anterior pode ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da própria República Federativa do Brasil, como diz o artigo 1º da Carta Magna, “[...] valor indissociável que influencia todos os valores e normas positivas na busca da proteção da família, qualquer que seja a forma de sua constituição [...]”<sup>309</sup>.

O caráter educativo e corretivo da lei permite que de fato o menor seja resguardado, porque não fixa um procedimento único e engessado, mas permite que se busque o melhor interesse dele, diante do que se entenda por mais adequado ao momento. Nesse sentido é que o reconhecimento da alienação parental pode ser resultado de requerimento, a qualquer tempo, por qualquer interessado — sejam os genitores, curadores ou outros —, pelo Ministério Público — como fiscal da lei e dos direitos das crianças e dos adolescentes —, ou de ofício pelo juiz. Por meio de ação autônoma (ação própria) ou incidental (no curso do divórcio ou da ação de guarda, por exemplo), que tramita de forma prioritária. E pode gerar uma medida provisória de urgência, a fim de preservar a integridade psicológica da criança ou do adolescente envolvido, e combater os prejuízos advindos da inviabilização do convívio familiar (artigo 4º da Lei da Alienação Parental).

A partir do dispositivo de lei mencionado é possível afirmar que a Lei nº 12.318/2010 tem caráter material e processual, o que permitiu, na mesma norma, a

---

309 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

determinação do que é o problema, suas características, o que ele afeta, como efetuar a caracterização, e a medida a ser tomada pelo magistrado quando declarada a existência da alienação parental.

Se o indício por um lado provoca no juízo a determinação de investigação aprofundada para torná-lo evidente designando perícia (artigo 5º da Lei da Alienação Parental), por outro, caracterizada a alienação parental, ou qualquer conduta que dificulte a convivência familiar da criança ou do adolescente, independente de haver responsabilização civil ou criminal, o juiz, conforme a graduação que identifique no caso, poderá, conforme os incisos do artigo 6º da Lei da Alienação Parental:

- I – declarar a ocorrência da 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 **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**. (grifou-se)

Antes de mais nada, o juiz ouve o Ministério Público, para então proferir uma decisão que antecipe a tutela e preserve os direitos da criança e do adolescente.<sup>310</sup>

Dependerá da gravidade da alienação a medida tomada pelo juiz para sua repressão. Poderá ser apenas uma advertência, bem como poderá alcançar a mudança da guarda do menor, inclusive a terceiro, e até a suspensão do poder familiar, de forma individualizada ou cumulada.

Conforme Douglas Phillips Freitas<sup>311</sup> o primeiro passo para se reprimir a alienação parental é a sua declaração. Sem que se verifique que há indício de ocorrência da alienação não há como se tomar qualquer medida de repressão. Também é a partir da verificação da existência que se delimitam as situações fáticas que a caracterizam e sobre que medida poderão ser minimizadas ou de pronto finalizadas. Isso porque para cada ação é possível identificar, na prática, que algum tipo específico de repressão será mais eficaz. Como é o caso da multa, que, para o mencionado autor, cabe às condutas alienatórias facilmente identificadas e comprovadas como, por exemplo, no caso de cumprimento dos dias de visita, e de entrega

---

310 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 247.

311 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 41 e 43.

da criança em local e dia fixado<sup>312</sup>. Ainda de acordo com Douglas Phillips Freitas<sup>313</sup>:

Prática recorrente da alienação parental praticada pelo alienador é fazer com que a criança falte à aula no dia de visitação ou marcar compromissos nos finais de semana que são destinados ao genitor, motivo pelo qual tal previsão torna-se interessantíssima, pois permite de forma verificável – declaração da falta emitida pela escola, por exemplo – a aplicação da sanção, desde que seja, é claro, injustificada.

Outro exemplo de aplicação é o não comparecimento injustificado do genitor ou do menor sob sua responsabilidade às sessões ou terapias psicológicas determinadas para a família, o casal, os filhos, isolados ou em conjunto, a critério do perito nomeado.

A alteração no regime de convivência e na guarda também são maneiras de se atuar frente a alienação. Ambas objetivam permitir que mediante o convívio ampliado com o alienado a criança possa por si só desconstruir a imagem que o alienador criou. Além do mais, sendo a atitude do alienador prejudicial à criança ou ao adolescente, por vezes o melhor é a inversão da guarda.

No capítulo 2 delineou-se todo o modo como guarda e convivência ocorrem, inclusive que a guarda compartilhada é hoje a regra aplicada pelo Judiciário. O que é preciso contudo observar é que, apesar disso, e apesar de se compreender que a determinação da guarda compartilhada visa a divisão das responsabilidades, a fim de se desconstruir a ideia de posse do filho a um genitor. A decisão do juiz se baseia no conjunto de fatos que surgem ao longo do processo, que indicam, caso a caso, qual será a melhor escolha.

Nem sempre a guarda compartilhada exclui a alienação, mas pode colaborar para a mudança de concepção do que é a guarda.

Por vezes o desgaste emocional é tão grande que a melhor opção é submeter os envolvidos a acompanhamento psicológico. O que não exclui, é claro, a possibilidade de sua fixação em conjunto com outras medidas.

De acordo com a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta<sup>314</sup> apesar de Gardner dizer que nos casos da alienação parental não é possível terapia por não se ter uma consciência da existência de um problema psicológico, essa seria uma maneira de recuperar o vínculo entre a vítima e o alienado. A terapia seria uma maneira de reconstruir a confiança e reconduzir a relação de maneira positiva, ainda que para isso seja necessário que esta seja

312 É possível identificar tal situação de descumprimento da entrega da criança após o período de convivência no acórdão do STJ, citado no capítulo 4 deste estudo.

313 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 43.

314 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 115-116.

determinada pelo juiz coercitivamente. Ela afirma que:

Para tanto, é fundamental que se garanta a realização de uma terapia vincular ou familiar que terá por objetivo “trabalhar” as relações interpessoais, familiares, que se encontram adoecidas, para que se alcance a possibilidade de nova convivência livre de conflitos. Tal terapia, se não alcançada por meio de acordo entre as partes, deverá ser coercitiva e realizada por consequência de sentença judicial e parecer psicossocial.

Outra possibilidade é a fixação cautelar do domicílio do menor. Sua ocorrência pode advir da necessidade de preservação da criança de ambos, alienador e alienado, a exemplo de estarem em condição dúplice (ambos alienando).

Por fim, para casos de extrema gravidade há a possibilidade de suspensão da autoridade parental, o que não quer dizer que somente seja possível a suspensão, se for caso de exclusão nada obsta que esta ocorra. Nesse caso, significa que

[...] os pais [ou outros responsáveis] extrapolaram de forma inescusável os limites esboçados para o exercício responsável do poder familiar. Podem os genitores, por exemplo, ser omissos no que tange aos cuidados essenciais para com a prole, deixando as crianças passando frio ou fome pelas ruas, sem qualquer amparo. Podem usar de violência física, psicológica e sexual para com os jovens [e crianças também]. Em casos assim, pode haver suspensão preventiva do exercício do poder familiar do(a) foltoso(a). Há outras hipóteses em que a atitude dos pais se reveste de gravidade tamanha que não bastará suspender o exercício desse poder-dever, mas medida mais dura deve ser tomada: a destituição do pai e/ou da mãe do exercício do poder familiar far-se-á necessária para resguardar integralmente os direitos fundamentais dos filhos. [...] Na ação destitutória, se houver motivo grave, o magistrado poderá liminar ou incidentalmente decretar a suspensão do poder familiar até o julgamento definitivo da causa (art. 157 da Lei nº 8.069/90).<sup>315</sup>

Dentre os casos dos incisos do artigo 1.635 do Código Civil está a extinção do poder familiar por meio de decisão judicial (inciso V do artigo 1.635), quando o juiz verificar uma das situações enumeradas nos incisos do artigo 1.638: (I) castigar imoderadamente o filho, (II) deixá-lo em abandono, (III) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, ou ainda (IV) incidir reiteradamente nas faltas do artigo 1.637 (abuso de autoridade, falta aos deveres advindos do poder familiar, arruinar os bens do filho). Todas essas faltas ou abusos, podem ser reclamados por qualquer parente. Lembre-se que a responsabilidade pelo bem-estar e pela garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, impressa na Constituição Federal de 1988 no artigo 227, é tanto da família quanto da sociedade e do Estado, então qualquer destes pode reclamar à Justiça tais situações.

Todas essas situações narradas no parágrafo acima podem estar presentes na

---

315 COSTA MACHADO (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2012, p. 1.374 - 1.375.



alienação parental.

O rol de reprimendas estabelecido pelo artigo 6º Lei nº 12.318/2010 não exclui a possibilidade de responsabilização civil ou criminal. O próprio artigo 3º da lei fala na existência de abuso moral.

Diz-se que o abuso moral, ou abuso afetivo, constitui um tipo de dano moral. “Não há dúvida de que a Alienação Parental gera dano moral, tanto ao menor quanto ao genitor alienado, sendo, ambos, titulares deste direito”, ademais, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente informa da obrigatoriedade da proteção integral dos menores.<sup>316</sup> O dano moral ocorre porque ambos são alienados (a criança ou adolescente e o adulto alienado), embora possam de algum modo contribuir, pela omissão ou mesmo por atitudes colaborativas. Ao juiz caberá identificar a medida dessa contribuição e, portanto, do dano resultante do ato alienatório.

### 3.6 Vetos à Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010

Apesar da pouca divergência doutrinária a respeito da lei, dois dos artigos contidos no projeto, artigos 9º e 10, foram vetados, por “contrariedade ao interesse público”.<sup>317</sup> O artigo 9º dispunha o seguinte:

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.<sup>318</sup> (grifou-se)

316 FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 41.

317 BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

318 BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

A Mensagem nº 513, justifica o veto do artigo acima baseado na indisponibilidade do direito da criança e do adolescente à convivência familiar contido no artigo 227 da Constituição Federal, o que impede a sua apreciação através de meios extrajudiciais de solução de conflito. E também na contrariedade ao princípio da intervenção mínima, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em que somente devem intervir nas questões protetivas às crianças e aos adolescentes as autoridades e as instituições indispensáveis.<sup>319</sup>

Os direitos indisponíveis “são os direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade. Por exemplo: uma pessoa não pode vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença”.<sup>320</sup> Esses direitos compõem o rol dos chamados direitos fundamentais, resguardados pelo Estado. A mediação não pode tratar de questões ligadas a esses direitos, somente a direitos disponíveis.

A mediação é uma forma alternativa ou complementar de resolução de conflito, que se caracteriza pela maior autonomia das partes, frente a existência de um terceiro. Isto porque, nela o mediador não tem o poder de decidir, nem o dever de sugerir, a ele cabe facilitar a comunicação para que as partes possam se compreender e construir um acordo, caso entendam que ele é importante. Muitas vezes o acordo não é fundamental naquele momento, mas a construção de um ambiente de entendimento, a internalização da situação porque estão passando os envolvidos, para que posteriormente as decisões possam ocorrer dentro de uma consciência maior do que a do próprio indivíduo. Assim, o que maior relevância tem é a reestruturação da relação. Ainda não há legislação específica sobre a mediação.<sup>321</sup>

A proposição da mediação para casos de alienação parental tem alguns lados que conotam tanto a sua aplicação como inviável como algo que pode ser positivo.

Primeiro se tem a mediação como uma boa opção para um casal em separação, porque os conduz de maneira segura e razoável, minimiza ataques desnecessários e minora inevitáveis sofrimentos que acompanham todo o processo de ruptura, o que, também,

---

319 BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

320 DIREITOS Indisponíveis. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 31 mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/119440.html>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

321 SOUZA, Monaliza Costa de. Judiciário, Arbitragem, Conciliação e Mediação, qual a diferença?. *Blog - Justiça*, Porto Alegre, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://monalizasouza.blogspot.com/2010/04/judiciario-arbitragem-conciliacao-e.html>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

contribui para agilizar a justiça familiar, e dar eficácia às decisões.<sup>322</sup> Neste caso, a sua utilização no momento da separação, quando se percebe a hostilidade entre o casal, pode ser uma solução para se evitar posterior alienação dos filhos.

Por outro lado não se pode esquecer a inviabilidade da decisão sobre a criança ou o adolescente, porque envolve os seus direitos fundamentais, e, portanto, indisponíveis. E, também, que ela não é indicada para casos em que haja: desinteresse das partes em resolver a controvérsia, desequilíbrio de poder entre elas, alguns casos de violência, envolvidos com problemas de saúde mental que o impeçam de tomar decisões, ou desrespeito às regras estabelecidas.<sup>323</sup> E se sabe que há indícios de que em alguns casos a alienação possa ser resultado de uma patologia mental.

Apesar disso, não há homogeneidade nas conclusões acerca da mediação ser ou não um instrumento para os casos de alienação. Tanto é que para Euclides de Oliveira<sup>324</sup>, ex-promotor e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, seria uma oportunidade a mais para que o juiz conte com o apoio dos técnicos de outras áreas. Segundo o autor:

Para tanto, além de ouvir pessoalmente os interessados e examinar todo material probatório, cumpre ao juiz cercar-se de indispensável e prestante colaboração de técnicos e profissionais da área da psicologia, da psiquiatria e da assistência social, para decidir com segurança e baseado em verdadeiro trabalho de equipe multidisciplinar. Mostra-se também de valia o uso da mediação para que os genitores se conscientizem do drama causado por seus atos e cheguem a um acerto amigável para a necessária, rápida e justa solução.

A mediação objetiva a transformação, legitima a dor ou a emoção como uma forma de reconhecimento do próprio indivíduo e do outro. Trata-se de momento em que será permitido expor e ouvir de uma maneira positiva e pacífica, afim de que seja ali reconhecido um espaço de construção da melhoria e desconstrução das barreiras do entendimento.<sup>325</sup>

Nesse aspecto, apesar das opiniões diversas, excluir o texto do bojo da lei não exclui

---

322 LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: \_\_\_\_\_. *Mediação, arbitragem e conciliação*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140.

323 TJSC. *Mediação Familiar: formação de base - Projeto SMF (Serviço de Mediação Familiar)*. Elaboração e organização Eliedite Mattos Ávila. Santa Catarina, mai. 2004, p. 27-28.

324 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 253.

325 Esse papel vai além da mediação, alcança a promoção da paz, a ser praticada pelos próprios profissionais que se deparam com questões que envolvem lides familiares. Os advogados, por exemplo, precisam ressignificar a sua profissão de litigantes para pacificadores e defensores dos direitos. Sua função é promover o bem-estar e a justiça, e não acirrar conflitos.

a possibilidade de ocorrência da mediação para os casos de alienação, mas a deixa em aberto. Afinal a inexistência de lei específica não impediu que ela até hoje fosse utilizada como alternativa para o exercício do diálogo entre as partes. Talvez seja necessário um amadurecimento do próprio instituto para lidar com essas questões de uma maneira preventiva.

Com relação à não intervenção, não se exclui a responsabilidade do Estado sobre a proteção, mas, ao contrário, o coloca em alerta para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Sobre isso Sílvio de Salvo Venosa<sup>326</sup> destaca:

[...] Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula *mater*, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser protetora, nunca invasiva na vida privada.

[...]

Desse modo, o direito de família, por sua própria natureza, é ordenado por grande número de normas de ordem pública. Essa situação, contudo, não converte esse ramo em direito público. Parte da doutrina procurou situar o direito de família como integrante do direito público. As normas de ordem pública no direito privado têm por finalidade limitar a autonomia de vontade e a possibilidade de as partes disporem sobre suas próprias normas nas relações jurídicas. A ordem pública resulta, portanto, de normas imperativas, em contraposição às normas supletivas. Isso não significa, contudo, que as relações assim ordenadas deixem de ser de direito privado.

A proteção do Estado encontra-se sempre presente, porém respeita a autonomia do indivíduo e da família, na medida em que os seus direitos fundamentais se veem atendidos. Quando algo fere esses direitos, aí é o momento em que o Estado toma a frente, através das ações do Ministério Público, do Judiciário e de suas outras esferas.

Outro artigo vetado é o artigo 10 que dispunha:

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.<sup>327</sup>

O parágrafo que se pretendia incluir no artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente objetivava criminalizar as falsas denúncias — de abuso sexual por exemplo —

326 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

327 BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

que se verificam em alguns casos de alienação. As razões do veto em contrapartida justificam:

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.<sup>328</sup>

De acordo com Euclides de Oliveira<sup>329</sup> o texto apresentado pelo artigo 10 seria um acréscimo a reforçar a punição para os “atos de impedimento ou de embaraço à ação de autoridade judiciária, do Conselho Tutelar ou do Ministério Público, no exercício de função relacionada a crimes praticados contra a criança e o adolescente”.

A inclusão significaria a designação de que os casos de relato falso nas práticas de alienação parental incorreriam na pena de detenção de seis meses a dois anos, como ocorre com o impedimento e embaraço da ação da autoridade judiciária, membro do Conselho Tutela ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 236.

Entretanto a tese adotada pela lei para que não fosse a alienação parental criminalizada, segundo Elizio Luiz Perez<sup>330</sup>, juiz do trabalho responsável pela consolidação do anteprojeto da lei da alienação parental, foi a de que se trata de lei com ênfase em seu caráter educativo, preventivo e de proteção. Ademais, não se pode desconsiderar que os atos alienatórios, em sua maioria, pressupõe

[...] **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, bem como recomendações de intervenção, caso a caso, segundo a indicação pericial.

Com relação à penalização do “relato falso”, ainda conforme o que ensina Elizio Luiz Perez<sup>331</sup>, o texto se harmonizava com o artigo a que seria incluído no Estatuto da Criança

328 BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

329 OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação Parental*. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 252.

330 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84-85.

331 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85-87.

e do Adolescente, servido como um inibidor da conduta ilícita e, conseqüentemente uma forma de proteger a formação psíquica de crianças e adolescentes. Não tinha relação com o elemento subjetivo da alienação, anteriormente mencionado, que se faria pela ciência da inocência do acusado pelo ato, sendo necessário apenas que se verifica a veracidade do relato para que, verificada sua falsidade ao acusador fosse determinada a penalização. No outro sentido, verídica a denúncia, de abuso sexual, por exemplo, se afastaria a incidência do tipo. Não haveria maior rigor do que o dos tipos “calúnia” e “denúncia caluniosa” (artigos 138 e 339 do Código Penal). Mesmo com o veto presidencial, é importante destacar que o alienador não está livre da responsabilização criminal, se sua conduta estiver enquadrada em alguma das tipificações estabelecidas pela lei penal, por ela poderá responder.

É nesses termos apresentados que se verifica a alienação parental como uma realidade combatida na atualidade. Uma discussão que, embora se diga que pode ocorrer com idosos, como menciona em suas palestras e textos a professora Cláudia Gay Barbedo, há uma preocupação relevante com o que a alienação parental traz como consequência para as crianças e adolescentes. A preocupação que se tem, diante da pesquisa do tema, é a proteção desses indivíduos em formação, para que as mazelas por que estejam passando não reflitam no futuro e assim incorram em uma série de sucessivos transtornos.

## 4 AS GARANTIAS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES FRENTE A ALIENAÇÃO PARENTAL

De acordo com a advogada Cláudia Gay Barbedo, antes da lei a alienação parental era tratada apenas pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>332</sup> E,

A falta de legislação que acompanhe as questões que envolvem as relações interpessoais gera um descompasso que é um dos motivos da falência do monólogo científico, incluindo o jurídico. Essa realidade justifica a adoção de um viés interdisciplinar, ou seja, de um olhar para além de um saber especializado.<sup>333</sup>

Mas será que de fato era isso o que ocorria? Os atos de alienação eram permitidos ou havia algum tipo de reprimenda? A interdisciplinariedade adveio da falta de legislação que auxiliasse o Direito para lidar com questões interpessoais?

Como já estudado até o momento, a interdisciplinariedade veio somar ao Direito, trouxe ao campo jurídico profissionais de outras áreas que agregam valor ao trabalho dos advogados, promotores e juízes, e proporcionam uma resolutividade mais eficaz perante o indivíduo que leva seus conflitos ao Poder Judiciário. Não porque este não estivesse munido de legislação que o capacitasse para tratar de questões como a alienação parental, mas para que essa legislação pudesse ser mais eficaz e eficiente. O que parece estar um pouco distante do que Cláudia Gay Barbedo disse na citação que anteriormente se expôs, embora seja indiscutível a contribuição multidisciplinar nas práticas judiciais.

Ao se estudar questões como direitos fundamentais da criança e do adolescente, deveres e garantias advindos do poder familiar e, a própria questão dos prejuízos advindos da submissão aos atos de alienação parental, nota-se um estabelecimento de regras que traduzem a intenção do Estado em preservar as crianças e adolescentes, prescrevendo, inclusive, quais devem ser as ações positivas dos pais para estabelecer um campo de pleno desenvolvimento a esses cidadãos ainda em desenvolvimento. Uma atuação desvinculada do viés conjugal para preocupar-se eminentemente com a relação parental. Deixa-se de lado os interesses dos pais, a culpa na separação, para mudar o foco à criança e ao adolescente.

---

332 BARBEDO, Cláudia Gay. A possibilidade de ser extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 147.

333 BARBEDO, Cláudia Gay. Alienação Parental à luz da psicologia junguiana: uma abordagem interdisciplinar. In: \_\_\_\_\_. *Parentalidade – análise psicojurídica*. Organização de Ivone Maria Candido Coelho de Souza. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143-164.

A ótica de Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis<sup>334</sup> sobre a situação anterior à lei seria a seguinte:

**Tal situação constitui o chamado fenômeno da alienação parental, que sempre existiu em nossa sociedade, sem uma proteção legal específica, contudo, apesar dessa lacuna aparente, o ordenamento civilista já possibilitava a sua proteção por intermédio da perda do poder familiar do pai ou da mãe que pratica atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III do art. 1.638 do CC), ou, ainda, praticar de forma reiterada falta com os deveres inerentes ao poder familiar, notadamente a direção da criança e da educação dos filhos menores (inciso IV do art. 1.638, combinado com o art. 1.637, ambos do CC). (grifou-se)**

Os referidos autores reconhecem que embora houvesse proteção, os atos de alienação não contavam com nenhuma legislação específica, e, sobre isso, acreditam que o surgimento da Lei nº 12.318/2010 foi uma “[...] importante regulação específica quanto à alienação parental, principalmente pela sua difícil caracterização no caso concreto [...]”, bem como para se constituir como instrumento de reconhecimento de uma “[...] situação de extrema gravidade e prejuízo à pessoa do menor e daquele que está sujeito a ser vitimado”.<sup>335</sup>

Ainda assim, mesmo antes da lei a doutrina que tratava do assunto o enquadrava como desvio ou violação do poder familiar dos pais com relação à criação dos filhos. Em que o grande suporte legal era o próprio princípio da proteção integral da criança e do adolescente, um dever da família, do Estado e da sociedade (artigo 227 da Constituição Federal).<sup>336</sup>

Dentro dessa ideia, é preciso retornar à matéria de Introdução ao Direito, quando vem dando os traços do sistema jurídico brasileiro baseado no sistema romano-germânico, distinto do sistema adotado na Inglaterra ou nos Estados Unidos, por exemplo, a *common law*.<sup>337</sup> Ambos balizados pela doutrina, porém distintos em sua estrutura, a *common law* se rege principalmente pela jurisprudência e o sistema romano-germânico através das leis. Isso significa que, após a verificação doutrinária sobre uma necessidade jurídico - social a regra brasileira é o estabelecimento de uma norma que a abarque, uma lei como é o caso. Diferente do que ocorre no Direito Inglês, em que o cidadão busca seu direito na esfera jurídica, mas

---

334 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

335 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

336 OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação Parental*, p. 231-255. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 232.

337 E aqui cumpre esclarecer que não há intenção de mencionar todos os sistemas jurídicos, e comparar cada país, mas demonstrar como funciona dois sistemas jurídicos distintos, para alcançar a importância do estabelecimento de uma lei no Brasil.



cabe ao advogado e ao juiz elaborar esse direito.<sup>338</sup> Por isso o estabelecimento da Lei nº 12.318/2010 teve relevância no mundo jurídico, no momento em que nele colocou a alienação parental.

A proteção da criança e do adolescente foi sendo construída no Direito, e firmando-se a cada legislação constituída, principalmente após o advento da Constituição Cidadã, de 1988.

#### **4.1 Constituição Federal brasileira**

A Constituição Federal brasileira de 1988 deu início a uma época de novos sujeitos de direitos, e de consolidação de garantias, contando com um rol de garantias e direitos fundamentais que trazem substrato à proteção da criança e do adolescente. Foi ela que ocupou o espaço antes designado ao Código Civil, como centralizador das normas oriundas à regulação das relações privadas, dando origem à chamada constitucionalização do Direito privado.<sup>339</sup>

Para Luiz Edson Fachin<sup>340</sup> o advento renovador da Constituição como reguladora do Direito de Família quebra o paradigma do público e do privado, porque se flexibiliza na medida da proteção da família e de seus membros. Ensina ele:

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil [de 1916] à Constituição [de 1988]. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para assegurar seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações).

Tais normas constitucionais, para a doutrina majoritária, assim como diz Ingo Sarlet, têm aplicação imediata, e, portanto, eficácia direta, o que, além da eficácia, traz em si efetividade desses direitos para todos os setores da ordem jurídica e da vida social. Ressalta-

---

338 SCARMAN, Lord Leslie. O direito inglês: a nova dimensão. Tradução de Inez Tóffoli Baptista. Porto Alegre: Fabris, 1978, p. 18-19, 45, 56, 83-84.

339 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

340 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 294.

se, ainda assim, a sua aplicação diretamente nas relações privadas. São casos isolados que defendem que a aplicação é indireta, e portanto o destinatário desses direitos seria o Estado, a quem os cumpriria em primeiro plano.<sup>341</sup> Ou seja, sua discussão teria como primeiro destinatário o Estado, diferente do que tem ocorrido, em que se evoca tais direitos fundamentais, como por exemplo a igualdade entre os filhos, para sustentar a defesa de um direito, é o que se diz por aplicação direta da norma constitucional nas relações de Direito privado.

Essa questão importa quando se pensa sobre quem é o destinatário desse tipo de norma. Além do mais, tanto o Estado quanto o particular possuem, antes de tudo, um dever de proteção. Por isso cumpre transcrever:

A circunstância de que em primeira linha há de ser considerada a opção do legislador, que (assim como o Juiz que controla a legitimidade constitucional desta opção), ao regular os casos concretos, presumidamente o faz em princípio levando a sério o seu dever de proteção dos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas, não exclui, como advoga importante doutrina, a possibilidade de efeitos diretos e, portanto, também de uma vinculação direta dos sujeitos privados. A correta invocação dos deveres de proteção estatais neste contexto igualmente não conduz necessariamente – como já adiantado – a uma exclusão da eficácia direta, pois não afasta a possibilidade, de se argumentar de modo diverso. Com efeito, é **possível argumentar que justamente pelo fato de os direitos fundamentais estarem sujeitos a violações oriundas de direitos uns dos outros (no mínimo é possível partir de um dever – juridicamente vinculativo – de respeito e não violação por parte dos sujeitos privados) é que o Estado, por estar vedado ao particular cuidar ele próprio da tutela dos direitos (salvo em casos excepcionais), possui um dever de proteção.**<sup>342</sup> (grifou-se)

Ao responsável pela criança ou adolescente, numa situação de alienação parental, cumpre, com o Estado, proteger os direitos fundamentais em risco. Ambos podem efetivamente buscar a tutela na esfera jurídica, e ao juiz, então, caberá providenciar as ações reparativas necessárias.

A eficácia imediata, então, tem a função de garantir que, ainda que não haja norma regulando uma situação específica, os direitos fundamentais ali ofendidos possam ser protegidos diretamente pela Constituição (pelas normas de direito fundamental). A ausência da norma não obstaculiza a efetividade do direito, porque se encontra nessa esfera um tipo de

---

341 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. p. 13-36. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010, p. 25-26.

342 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. p. 13-36. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010, p. 27.

“mandado de otimização”.<sup>343</sup>

A Constituição Federal de 1988 veio estabelecer princípios que trouxeram ao Direito de Família a força vinculativa das garantias fundamentais às relações familiares. Os princípios estão acima das fontes formais em sentido estrito (regras do Código Civil brasileiro), por isso sua aplicação é direta e leva o juiz a compor um modelo de família que o legislador ainda não sistematizou. Não é necessário, portanto, que o juiz espere uma legislação infra, se a Constituição tem aplicação direta e não se trata no caso de norma programática.<sup>344</sup> Por esse motivo se tem que “o Direito positivado emoldura juridicamente um modelo de família que atenda, obviamente, a interesses que sejam congruentes com estruturação do Estado e da sociedade.[...]”<sup>345</sup>.

Ainda assim é possível se deparar com a colisão de direitos fundamentais na órbita particular, e nesta é preciso observar o juízo de ponderação e a proporcionalidade, as mesmas consideradas pelo legislador quando elabora um normativo com o fim de regular relações entre particulares.<sup>346</sup>

Mesmo diante de tudo o que foi dito, dentro das preocupações do constituinte esteve a determinação, no artigo 227 da Constituição de 1988, de que o legislador também cuidaria dessa proteção, o que ocorreu, posteriormente, com a edição da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que diferente do antigo Código de Menores, restritivo aos menores em situação irregular, surgiu como legislação protetiva de todas as crianças e adolescentes.

## 4.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu com o objetivo de proteger crianças e

343 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. p. 13-36. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010, p. 28.

344 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47-48.

345 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37.

346 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. p. 13-36. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010, p. 28-29.

adolescentes,<sup>347</sup> para além da proteção já existente dos direitos fundamentais da pessoa, de maneira a lhes oportunizar e facilitar um desenvolvimento livre e digno, seja ele físico, mental, moral, espiritual e social (artigos 1º, 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Os preceitos nele contidos são os mesmos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959.<sup>348</sup>

Em se tratando de alienação parental o Estatuto também ampara a criança e o adolescente desses atos quando:

1) Delimita as suas condições de bem-estar no estabelecimento dos direitos fundamentais, quanto à sua aplicação especificamente no que concerne às crianças e adolescentes. Os colocando a salvo de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, do tratamento desumano, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (artigos 5º e 18).

2) Os consolida, em seu artigo 100, como sujeito de direitos, que devem ter seus vínculos familiares e comunitários preservados, sob o princípio da proteção integral e prioritária e do seu melhor interesse; observados diretamente pelo poder público (com responsabilidade primária e solidária); sob os princípios da privacidade, intervenção precoce (para garantir-lhes a efetividade nas situações de perigo), intervenção mínima (exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à promoção dos seus direitos), proporcionalidade e atualidade (na intervenção necessária e adequada), responsabilidade parental (com pais que assumam seus deveres como tal), informação (respeitado o estágio de compreensão do menor, ele deve ter ciência da situação em que se vê envolvido), oitiva obrigatória e participação (quando em separado ou na companhia dos pais ou do responsável, ou outra pessoa por si indicada, o menor é ouvido para que o juízo possa levar em conta sua opinião quando da promoção de seus direitos e de sua proteção).

3) Determina como responsáveis pelas crianças e pelos adolescentes: a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público (artigos 4º e 18).

4) Estabelece as medidas que deverão ser tomadas em caso de ação ou omissão do Estado e da sociedade, bem como falta, omissão e abuso dos pais ou responsáveis (incisos I e II do artigo 98).

---

347 Considera-se criança até os doze anos incompletos, e adolescentes aqueles entre doze e dezoito anos (art. 2º do ECA).

348 ESTATUTO da Criança e do Adolescente (ECA). 6. ed. Edição Comemorativa dos 20 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Observatório Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*, Brasília DF, 2010. Disponível em: <[http://www.obscriancaeadolescente.gov.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&id=14&Itemid=141](http://www.obscriancaeadolescente.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=14&Itemid=141)>. Acesso em: 11 mar. 2013.

E aqui cumpre observar que apesar do artigo 98 e 100 estarem voltados para casos de fragilidade como abandono do menor pela família ou outra situação irregular, a linearidade dos princípios que conduzem as situações de risco à criança e ao adolescente pelo Estatuto o coloca como um protetor de todos em igualdade de condições. Ou seja, não é porque o menor se encontra em uma família que a priori tinha uma estrutura regular e que por uma separação encontra-se desestruturada e abalada pelos atos de alienação parental, que ele terá menos direitos ou o judiciário a estes observará menos princípios. A proteção é equivalente, embora as situações sejam desiguais. Ademais, destaque-se o que dita o artigo 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”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a preocupação de resguardar a pessoa em desenvolvimento.

Os artigos 15, 16 e 17 posicionam a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não propriedade dos pais ou responsáveis, como parecem ser tratadas pelo alienador. Ainda que menores em idade, se encontram as crianças e os adolescentes respaldados pelo direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, assim como qualquer adulto. Sua liberdade compreende a convivência com os pais, demais familiares e amigos, bem como o direito de ir e vir e estar aonde se sinta bem e esteja em proteção e segurança. Não menos livre é o seu direito de se expressar e opinar. No que concerne ao seu direito a ser respeitado, este envolve desde a sua integridade física, psíquica até a moral, preservada a sua identidade, valores, crenças, ideias, imagem e a sua autonomia.

O poder familiar que estabelece os direitos e deveres dos pais ou responsáveis compõe o sistema protetivo dos menores, mas não lhes retira da condição de sujeitos de direitos autônomos e com dignidade. Por isso é tão importante que ao se falar em alienação parental se veja o direito da criança e do adolescente alienado no seu máximo contexto, e não simplesmente reduzido a um ou a outro. O Direito é um complexo vivo, e um fato não deve ser avaliado de forma isolada por um único instrumento legal, como por exemplo a Lei nº 12.318/2010.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, após o Código de Menores, surgiu sob a nova ótica da Constituição Cidadã, preocupada em proteger e assegurar direitos. Assim, nela encontram-se consolidadas as premissas de convivência familiar e comunitária (artigo 19),

igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do poder familiar (artigo 21). Além de destacar a fundamentalidade da prevenção sob pena de responsabilização tanto da pessoa física quanto da jurídica (artigos 77 a 85). Responsabilização essa que recai, sem dúvida, sobre o alienador, a quem o artigo 129 enumera algumas medidas que podem lhe ser aplicadas.

Uma das medidas, contida no artigo 130, é o afastamento de agressor da moradia comum, em sede cautelar, quando houver maus-tratos ou agressão, ou abuso sexual. Sabe-se que esta é uma dificuldade nos casos de alienação. Descoberta a falsa denúncia, percebe-se que já se submeteu o menor ao agressor em detrimento do afastamento do adulto alienado, então vítima. A atuação do juiz, resguardando a criança ou o adolescente tão logo quanto lhe seja remetida a denúncia é medida cabível, que, conforme dito anteriormente deve ser aliada à celeridade em investigar a veracidade do fato, e submeter os envolvidos à perícia biopsicossocial, com o objetivo de, tão logo quanto possível, reestruturar para a criança e o adolescente um ambiente saudável.

As medidas de proteção das crianças e dos adolescentes envolvem especificamente a atuação dos Conselhos Tutelares e do Ministério Público. Ambos têm a função de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (artigos 131 e 201) e podem, desta forma, colaborar com a aplicação da legislação e dos preceitos constitucionais.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, embora preceitue a atuação preventiva - protetiva, ressalva que há criminalização e infração administrativa para descumprimento de preceitos por ele estabelecidos. E, diante da alienação exemplifica-se com os artigos 232, 236 (ao qual, se não vetado, seria incluído parágrafo específico, como já referido no capítulo 3) e 249.

O artigo 232 criminaliza a submissão de criança ou adolescente sob quem se tem autoridade, guarda ou vigilância, a vexame ou constrangimento. O que pode ocorrer durante a tentativa de afastamento do menor de um genitor alienado, por exemplo.

O artigo 236 trata do crime em que se impede ou embaraça a ação de autoridade judiciária membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista no Estatuto.

Por fim a infração prevista no artigo 249, que diz que deverá ser multado aquele que: “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”.

### 4.3 Lei da Alienação Parental no Brasil

Para auxiliar de forma específica as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente nos casos de alienação parental ainda há que se falar da Lei nº 12.318/2010. Mais importante do que estabelecer um nome para um fato já recorrente, foi o estabelecimento de parâmetros para sua identificação, e isso é talvez a grande contribuição da Lei da Alienação Parental, assim como do próprio estabelecimento do termo Síndrome da Alienação Parental, do qual se refere o trecho abaixo destacado:

“[...] É certo que a utilização de determinados termos influencia na conceituação e, portanto, no reconhecimento e na tratativa de determinados fenômenos do relacionamento humano; entretanto, até o presente, a apresentação clara dos sinais e sintomas que caracterizam a SAP tem sido suficiente para o reconhecimento daqueles comportamentos e atitudes que se manifestam com maior frequência na vigência de uma disputa judicial e que visam à destituição dos vínculos e ao afastamento da prole em relação ao genitor 'alvo' ou genitor 'alienado'.”<sup>349</sup>

Síndrome ou não, até agora não há dúvida de que a Lei nº 12.318/2010 trouxe o reconhecimento da alienação parental, contudo é fundamental que se tenha em mente que o Direito vem tutelar e inibir os atos da alienação. E embora por muitas vezes seja citado o psiquê humano, e seja recomendado acompanhamento por profissionais da psicologia e psiquiatria, não se estabeleceu aí uma patologia (um distúrbio ou uma síndrome).<sup>350</sup>

A lei objetivou estabelecer um desenho do ambiente em que deve viver uma criança ou um adolescente. Reafirmou a fundamentalidade da convivência com a família e com a comunidade como essencial a um desenvolvimento saudável, e reafirmou a posição dos menores como sujeitos de direitos dentro da família.

Já disse Claus-Wilhelm Canaris: “[...] Constitui, pois, um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*”<sup>351</sup>. Citação que bem explica a elaboração normativa, com o sentido de reafirmar direitos já estabelecidos

349 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, p. 104 – 127, jul. 2011, p. 105.

350 PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61 - 94.

351 CANARIS, Claus-wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pindo. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27-28.

constitucionalmente, porém sob uma ótica especialíssima, assim como ocorre na Lei nº 12.318/2010.

A Lei 12.318/2010 garante às crianças e aos adolescentes o atendimento aos seus direitos, e a um acompanhamento do Judiciário condizente com o que reza a Constituição Federal, ou seja, protetivo e prioritário. As ações estabelecidas na lei, medidas cabíveis e diretrizes de atuação, apenas compõe esse cenário estabelecido constitucionalmente.

É importante destacar que os alienadores assim atuam no exercício de sua liberdade (como no exemplo apresentado por Canaris na página 62 de sua obra “Direitos Fundamentais e Direito Privado”). O dever de cuidado e as atribuições do poder parental, no caso dos pais, tal qual as demais atribuições resguardadas pela Constituição Federal determinam que se siga um tipo de conduta a que o alienador não observa. A ausência de lei específica até agosto de 2010, portanto, não significava permissão ou tolerância.<sup>352</sup> Ademais os atos alienatórios ferem diretamente direitos fundamentais, e se relativamente à sua proteção o legislador não se manifestou cabe à jurisprudência tal tarefa.<sup>353</sup>

Diz-se que a função da Lei nº 12.318/2010, então, é didática, educativa e protetiva. Nesse sentido o advogado Fábio Botelho Egas<sup>354</sup> defende:

A lei tem importante função didática na medida em que descreve em seus artigos quais são as formas de alienação parental, delimitando as condutas reputadas nocivas à criança e tornando mais claras as hipóteses de ocorrência, além de possibilitar também à sociedade civil uma melhor percepção do assunto, que é bem mais corriqueiro do que se imagina.

Ainda que se possa dizer que nem todas as crianças e adolescentes estejam sendo conduzidas a contragosto pelo alienador, revelando que há aqueles que vêm na situação da alienação parental uma maneira de adquirir vantagem: um presente, ou qualquer coisa que lhe

---

352 CANARIS, Claus-wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pindo. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006, p. 62-63.

Ainda que Canaris fale sobre o ordenamento jurídico alemão, suas exposições cabem perfeitamente ao caso brasileiro e por isso cumpre destacar o trecho a seguir:

“[...] Pois numa ordem jurídica livre, como a que subjaz tanto à LF como ao Código Civil alemão, a situação jurídica de partida é, antes, a de que o Estado em princípio não regula a relação entre os seus cidadãos através de imposições ou de proibições. Assim, entre eles é permitido aquilo que não for proibido. Quando, portanto, o Estado deixa um cidadão actuar sem regulamentação em face do outro, não pode ver-se aí, em regra, a concessão de uma autorização para uma ofensa na esfera de bens do outro - que, além disto, também teria ainda de poder considerar-se como objecto de uma previsão de tutela jurídica -, mas simplesmente e tão-só, a omissão de uma intromissão.” (CANARIS, Claus-wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pindo. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006, p. 61)

353 CANARIS, Claus-wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pindo. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65-66.

354 EGAS, Fábio Botelho. Alienação parental, Lei 12.318/10. *Revista Visão Jurídica*, nº 55. São Paulo, 2010, p. 67.



seja de interesse, a preocupação do legislador é proteger a parte mais fraca no caso. O juiz verificará a realidade de cada processo, para poder dar solução que lhe seja pertinente.

Os operadores do direito perceberam que era necessário responder aos casos em que se verificavam atos de alienação parental, porque, principalmente, as crianças e os adolescentes não são propriedade dos pais e a realidade de interação com ambos hoje em dia é latente, mais do que há alguns anos. O afeto, o amor, a felicidade, o bem-estar, são a maior função da convivência, da guarda, da efetivação do poder familiar. Assim, a jurisprudência começou a reconhecê-la (a alienação parental), embora baseada em literatura internacional. Posteriormente houve a elaboração e publicação da Lei nº 12.318/2010, reconhecendo e amparando tais situações alienatórias na legislação brasileira. Hoje a realidade é de elaboração de uma doutrina própria, construída com base na aplicação prática e no conhecimento dos estudiosos, a fim de tornar a alienação parental pública, de conhecimento de todos. E daí em diante, o processo passa a ser de aperfeiçoamento dessa legislação.

#### 4.4 Precedentes Jurisprudenciais

Os primeiros entendimentos dos Tribunais brasileiros consolidaram o tema alienação parental no mundo jurídico.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, publicamente considerado um tribunal de vanguarda no país, desde 2006, mesmo antes da publicação da Lei nº 12.318/2010, já vinha reconhecendo a existência da alienação parental como se pode notar nos precedentes colacionados a seguir<sup>355</sup>:

GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**. Havendo na postura da genitora indícios da presença da síndrome da alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, atende melhor ao interesse da infante, mantê-la sob a guarda provisória da avó paterna. Negado provimento ao agravo. (segredo de justiça) (Agravo de Instrumento Nº 70014814479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 07/06/2006) (grifou-se)

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. **SÍNDROME DA**

---

<sup>355</sup> Precedentes localizados no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através da pesquisa de jurisprudência pelo termo “alienação parental”. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%20E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=&ini=20](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%20E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=20)> Acesso em: 01 jul. 2011.

**ALIENAÇÃO PARENTAL.** Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A **denúncia de abuso sexual** levada a efeito pela genitora, **não está evidenciada**, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70015224140, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006) (grifou-se)

**APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÓS MATERNOS. SÍNDROME DE 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 proporcionar a 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. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70017390972, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007) (grifou-se)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. 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 reestabelecidas, 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 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. (Agravado de Instrumento Nº 70028169118, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/03/2009) (grifou-se)

Verifica-se que os acórdãos acima, em sua maioria, referem-se a guarda. O que caracteriza que mesmo antes da Lei nº 12.318/2010 esse tipo de conduta alienatória era perceptível no exercício da guarda e da visitação.

Tal reconhecimento também pode-se dizer que é um reflexo da Doutrina da Proteção Integral, incorporada pela Constituição Federal de 1988, e da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A abrangência do tema alienação parental no âmbito da proteção dos direitos da criança e do adolescente não se deteve aos tribunais estaduais, alcançou os tribunais superiores.

#### 4.4.1 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é, no Brasil, o órgão que atua como guardião da Constituição. Em razão disso, trata-se de órgão de máxima importância dentro do Poder Judiciário (artigo 102 da Constituição Federal).<sup>356</sup>

Composto por onze ministros, sob os requisitos descritos nos artigos 12 e 101 da Constituição, nomeados pelo Presidente da República, a ele cabe julgar: ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo; arguições de descumprimento de preceito fundamental decorrentes da própria Constituição; extradições solicitadas por Estados estrangeiros; infrações penais comuns do Presidente da República e do vice, dos membros do Congresso Nacional, de seus próprios ministros, do Procurador-geral da República, dentre outros.<sup>357</sup> Além disso,

Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.<sup>358</sup>

Nessa seara, um caso emblemático que chegou até o Supremo Tribunal Federal foi o do menino Sean Goldman, amplamente noticiado pela imprensa brasileira. O menor veio ao Brasil a passeio com a mãe, que até então vivia com o pai nos Estados Unidos, e não mais retornou. A mãe teria incorrido em sequestro internacional. Ficou no Brasil, casou-se, e no nascimento de sua segunda filha morreu. Depois disso, a disputa pela guarda da criança, entre o pai biológico, o padrasto e a família materna trouxe a baila questão de cunho internacional.<sup>359</sup>

---

356 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF – Institucional. Secretaria de Documentação. Brasília DF, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

357 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF – Institucional. Secretaria de Documentação. Brasília DF, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

358 DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF – Institucional. Secretaria de Documentação. Brasília DF, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

359 FRANÇA, Ronaldo; ROGAR, Silvia. Um menino e dois países. *Veja.com*, Rio de Janeiro, 04 mar. 2009. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/040309/p\\_060.shtml](http://veja.abril.com.br/040309/p_060.shtml)>. Acesso em: 11 mar.2013.

Apesar de tratar-se de lide familiar, por envolver dois países, o Brasil e os Estados Unidos, a discussão se deu na esfera federal e utilizou-se a Convenção de Haia para resolver a questão.

As situações pessoais, familiares ou comerciais que estão relacionadas a mais de um país são habituais no mundo moderno. Estas podem ser afetadas pelas diferenças que existem entre os sistemas jurídicos vigentes nesses países. Para resolver essas questões, os Estados adotam regras especiais, conhecidas como “Direito Internacional Privado”.<sup>360</sup>

Contudo, importa a este estudo destacar que no acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, anterior à Lei da Alienação Parental, já se falava na existência possível de alienação parental em detrimento da tentativa da família brasileira de afastar o menor do convívio do pai biológico norte-americano. Não se teve acesso ao processo em que se discute a guarda da criança, por correr em segredo de justiça, mas sabe-se que os julgadores falam em alguns pontos relevantes: o pai biológico teria interesse jurídico por manter-se com o poder familiar, haveria *periculum in mora* porque o pai se encontrava afastado do filho desde 2004, a perícia detectou que a criança não tinha condições de decidir por não possuir maturidade suficiente, em função de sua idade e pela fragilidade de seu estado emocional.<sup>361</sup>

A decisão do Supremo Tribunal Federal de que se destaca a ideia acima apesar de não ter o condão de decidir acerca da existência da alienação demonstra a preocupação da Corte em fundar-se no melhor interesse da criança para de forma rápida permitir que as suas necessidades básicas sejam atendidas.

#### ***4.4.2 Superior Tribunal de Justiça***

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o órgão responsável por uniformizar a interpretação de lei federal, conforme os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado brasileiro. Assim, é um órgão de convergência da justiça comum, cuja competência

---

360 BRASIL. A Convenção de Direito Internacional Privado de Haia. *Convenção de Haia, STJ*, Brasília DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaoHaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

361 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 28.525 – DF. Impetrante: David George Goldman. Impetrado: Relator do HC nº 101.985 do STF. Relator Ministro César Peluso. Brasília, DF, 22 dez. 2009. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisao\\_MS\\_28525\\_Pai\\_Caso\\_Sean\\_Goldman.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisao_MS_28525_Pai_Caso_Sean_Goldman.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2013.

abrange todos os estados brasileiros. A Constituição Federal brasileira cuida do STJ nos seus artigos 104 e 105.<sup>362</sup>

Em pesquisa feita ao site do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o termo “alienação parental”, obteve-se dois acórdãos como resultado, ambos relativos a conflitos de competência, suscitando ocorrência de alienação parental, um não reconhecida e no outro sim. Uma boa maneira de fazer um paralelo.

O primeiro foi o acórdão dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 108.689 – PE, julgado em 10 de novembro de 2010, tendo por relator o Ministro Raul Araújo, e no qual o objeto é o conflito de competência entre o Juízo de Recife (Pernambuco) e o de São Gabriel da Cachoeira (Amazonas), para julgar ação de alteração de guarda.<sup>363</sup>

Nesse acórdão é possível identificar que o objetivo do pai (autor dos embargos) seria o reconhecimento do foro de Recife como competente para julgamento da ação de alteração de guarda, face às recorrentes mudanças de endereço da mãe, então guardiã da criança. Alegando ele que o acórdão embargado viola preceito constitucional, lei ordinária (artigos 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 87 do Código de Processo Civil), e que à mãe caberia informar ao juízo a mudança de endereço, não devendo, portanto, o pai ter que procurar o filho. O que parecia, para ele, caracterizar ato de alienação parental, motivo pelo qual a competência deveria manter-se no foro de origem do processo de guarda (artigo 8º da Lei nº 12.318/2010)<sup>364</sup>. O juiz, por sua vez, ao analisar os fundamentos apresentados pelo autor dos embargos leva em consideração não só o alegado, mas todo o cenário em que se desenvolve o fato, e, portanto, todas as manifestações ao longo do processo, que o conduzem no sentido de negar provimento ao recurso, sob os seguintes argumentos<sup>365</sup>:

a) Não se pode falar em conflito de competência se não se verifica qualquer das hipóteses do artigo 115 do Código de Processo Civil. Ambos os juízos reconhecem que a competência seria de São Gabriel da Cachoeira – AM, aonde à data da propositura da ação

---

362 DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Conheça o STJ. Brasília DF, 07 de fevereiro de 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293)>. Acesso em: 07 fev. 2013.

363 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 108.689 – PE. Embargante: L. DE B. N.. Embargado: A. DE A. N.. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília DF, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

364 Lei de Alienação Parental:

“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.”

365 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 108.689 – PE. Embargante: L. DE B. N.. Embargado: A. DE A. N.. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília DF, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

residia a guardiã, e por conseguinte o menor (artigos 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 87 do Código de Processo Civil). A disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente não deixa dúvida sobre a competência, não cabendo invocar a súmula 59 do STJ para justificar que corra a ação no mesmo foro das outras demandas em que o menor figura como parte, justamente em detrimento de seu melhor interesse;

b) O interesse do menor se sobrepõe ao do pai, porque conforme o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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”;

c) O atual companheiro da genitora é militar, o que justifica as mudanças de endereço, como é típico da profissão. Não se pode, assim, afirmar que sua intenção é deslocar artificialmente o feito a fim de afastar pai e filho;

d) Não há demonstração nos autos de qualquer conduta que desabone a genitora. Além disso, se a criança está sendo bem tratada, situação financeira ou o local aonde resida (interior ou capital) não determinam com quem fica a guarda. De outro modo, não se pode deixar de destacar que os pais do menor nunca foram casados ou conviveram, e ele sempre morou com a mãe, exceto no período em que o padrasto estava em trânsito para São Gabriel, enquanto esteve na companhia da avó materna. Ademais, de acordo com o genitor, se este conseguisse a guarda, a criança teria que morar com os avós, já que sua renda não permitiria sustentá-lo. Neste caso, não seria atendido ao melhor interesse da criança retirá-la da mãe, situação em que se encontra desde o nascimento, estável e de boa estrutura, para submetê-la a uma nova realidade, e readaptação, em detrimento da simples intenção do pai de tê-lo consigo, quando a este pode ser conferido o direito de convivência;

e) Os atos do pai são incoerentes à sua alegação de busca do bem-estar do filho: não pagando a pensão alimentícia; não devolvendo o filho ao fim das férias determinadas judicialmente, e submetendo-o, com isso, à busca e apreensão que a mãe teve que requerer; além de ter matriculado a criança em colégio de Recife, na intenção de alterar a guarda.

Por todos esses argumentos a decisão do Ministro Raul foi no sentido de rejeitar os embargos. Compreendendo que a atitude do pai e dos avós paternos reflete seu inconformismo com as decisões. Não configuraria, pois, alienação parental por parte da mãe,

dada que a própria ação paterna converge nesse sentido, de tentativa de afastar mãe e filho.<sup>366</sup>

Em contrapartida, o segundo acórdão trata do Conflito de Competência nº 94.723 – RJ, julgado no dia 24 de setembro de 2008, tendo como relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, no qual se discute o conflito de competência entre o Juízo de Direito de Paraíba do Sul (Rio de Janeiro) e o Juízo de Direito da 3ª Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia (Goiás), para julgar ação de guarda.<sup>367</sup>

Na disputa de guarda a que diz respeito o conflito de competência acima traz acusações cruzadas. A mãe diz que o pai é violento e abusou sexualmente da filha, pelo que evadiu de Goiânia com os filhos para Paraíba do Sul mediante o apoio do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas. O pai, por sua vez, alega que a mãe tem problemas psicológicos relacionados à Síndrome de Alienação Parental e que nenhuma denúncia foi comprovada, menos ainda indícios detectados, negado o pedido de afastamento e evidenciada a denúncia da mãe assim que sentenciada a busca e apreensão dos filhos para convívio com o pai.<sup>368</sup>

Destaca-se no processo, uma vez não identificada a veracidade da conduta imputada ao pai, principalmente a conduta da mãe que: ingressou com processo para afastar os filhos do pai, fez denúncias contra o pai ao Ministério Público, pediu inserção no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, apresentou queixa-crime contra o pai por abuso sexual (e introdução de objetos como pau e prego na vagina e ânus, com sangramento local), ingressou com ação no Juízo de Direito de Paraíba do Sul – RJ para impedir o contato dos filhos com o pai mesmo depois da sentença de Goiânia que determinou a convivência com o genitor.<sup>369</sup>

Relata-se que durante o período de proteção as crianças eram acompanhadas por uma psicóloga que detectou o temor dessas em relação ao genitor, e uma grave instabilidade emocional e que relatou no processo de suspensão de visitas do pai que:

---

366 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 108.689 – PE. Embargante: L. DE B. N.. Embargado: A. DE A. N.. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília DF, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

367 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

368 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

369 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

[...]Segundo a menor de 07 anos, seu pai, além de bater e maltratá-la, teria cometido abuso sexual e, ao afirmar isso disse apontando com o dedo indicador para o meio de suas pernas 'ele me machucou aqui'. Por fim ela afirma que não quer mais ver seu pai, nem que ele venha acompanhado de outra pessoa.

Já o menor de 05 anos, relata que seu pai é mau e lhe batia muito, tem medo dele e não quer morar com ele.

Ainda destacando alguns trechos dos depoimentos, a psicóloga que acompanha a família afirma que a mãe não apresenta qualquer indício de ser uma pessoa desequilibrada, ou que tenha personalidade manipuladora.

Assim sendo, em que pese a existência de decisão judicial de primeiro grau de jurisdição no sentido de que seja restabelecida a visitação do pai, não há como fugir ao atendimento do interesse dos menores, principalmente quando os próprios expressam justificando temor pelo genitor.

Não se trata aqui de uma revisão da decisão proferida pela justiça goiana, muito pelo contrário, esta merece todo o respeito pois, por certo foi movida pelo acertado convencimento daquele magistrado diante dos elementos probatórios que lá lhe foram apresentados.

No entanto, trata-se aqui de tutela jurisdicional que envolve direito e interesse de menores, sob novos e inéditos aspectos, que se apresentam como imprescindíveis à adoção da melhor medida voltada para a mesma direção do melhor interesse daqueles.

Esta é a posição expressa pelo Ilustre membro do Ministério Público quando que 'situação nova se apresenta, eis que, como se percebe pelo depoimento das crianças envolvidas, estas manifestaram total pavor pela figura paterna e, inadmitem a possibilidade de serem por ele visitadas'.[...]<sup>370</sup>

Ainda assim, indica-se que a mudança de foro somente fomentaria a ação alienante. Afastaria os filhos de toda a sua rede de convivência, que se construiu em Goiânia. Repise-se que o abuso sexual pelo pai, apesar da declaração das crianças, não teria ficado comprovado. E por esse motivo a determinação de alteração da guarda para o pai teria sido deferida.<sup>371</sup>

Percebeu-se que o centro da questão apresentada no acórdão é a relação conflituosa do casal, que de acordo com a psicóloga perita traz um pai com traços impulsivos e uma mãe insegura afetivamente e com necessidade social de reconhecimento, caracterizando uma organização disfuncional do ex-casal em que ambos tem sua parcela de culpa. Apesar disso, vale referir que o melhor interesse da criança conduz o relator a determinar como competente o foro que já vinha julgando as causas correlatas, qual seja o de Goiânia, com conhecimento aprofundado da causa. E que o descolamento artificial seria um artifício na pretensão de obter decisão favorável à mãe.<sup>372</sup>

---

370 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

371 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

372 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.



Os acórdãos acima referidos trazem uma visão da alienação parental no limiar de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de não julgarem a existência ou não da alienação parental, esta tem destaque em ambos os acórdãos, como argumentos para a determinação do foro competente. Conscientes de sua existência os juízes buscam agir dentro da legislação vigente e de tal maneira que a criança é sempre preservada, acima dos interesses dos pais, ainda que diante das dificuldades da identificação inicial e imediata sobre quem poderia influenciar negativamente o processo.

Em ambos os casos a ação dos magistrados é de cautela com o ambiente em que se encontra a criança. E a composição do cenário por parte dos genitores.

A observância das garantias das crianças envolvidas resume-se na busca pelo atendimento do princípio do melhor interesse, que de certo modo vislumbra toda a gama de direitos que lhes é atribuída de um modo geral, como pessoa humana em desenvolvimento.

Os recursos utilizados como auxílio dos juízes já estavam dentre aqueles hoje indicados pela Lei nº 12.318/2010: perícia feita por profissional habilitado da psicologia e psiquiatria (que verifique o comportamento humano e do psiquê, além da dinâmica social individual e da família, personalidades e intersecções entre estes).

Os julgados materializam o que o direito e a legislação já vem ensaiando, é o curso evolutivo que corrobora para que as garantias dos cidadãos sejam efetivamente cumpridas no dia a dia. A certeza de que uma lei atuará nesse sentido só ocorre na prática do judiciário, sua eficácia e efetividade estão na real segurança que as pessoas obtém da realização de um direito.

Seria possível elencar outros tantos julgados, principalmente na esfera estadual, para exemplificar, demonstrar a ocorrência da alienação parental, e a condução judicial no sentido de promover a proteção da criança e do adolescente. Contudo, vale referir, qualquer acórdão, seja em que dimensão ele possa estar, demonstra que de fato, apesar da Lei nº 12.318 somente se consolidar em 2010, a lei civil, com o advento da Doutrina da Proteção Integral se prestou a garantir direitos de crianças e adolescentes de maneira peculiar.

## Conclusão

Desenvolvido o percurso que foi preambularmente apontado, evidenciou-se que diante do acima traçado é possível alcançar duas afirmações principais: a alienação é um ataque direto aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, e um descumprimento latente ao poder familiar, por ação ou omissão. Nesse sentido, antes mesmo da Lei nº 12.318/2010 esses sujeitos de direitos, prioritariamente protegidos, já tinham respaldados seus direitos no ordenamento jurídico brasileiro: Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, dentre outros. E encontravam o respaldo da doutrina, que influenciou a elaboração legislativa no país e fundamentou julgados, referências importantes para a melhor compreensão do complexo problema.

Os fatores que levam a caracterizar o fenômeno alienatório não se restringem a pai ou mãe, nem a genitores (aqueles que geram), mas a todos aqueles que influenciam de maneira fundamental à vida da criança ou do adolescente, apesar de a doutrina estudada ser unânime em dizer que é entre os pais a maior incidência da alienação.

Efetivamente, com relação ao diploma legal constituído especialmente para a alienação parental, a Lei nº 12.318/2010, este surge sob a própria constituição estrutural legislativa típica dos países que se baseiam no sistema romano-germânico. Com o objetivo de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente ou publicizar um ato já existente e recentemente enfrentado pela doutrina brasileira, não há justificativa a se descartar, ambas se caracterizam na medida em que a alienação parental constitui um todo: entre efetivar os seus contornos, as garantias, punir, e publicizar. Tudo isso se encontra dentro da expectativa de uma lei, elaborada com o fim de promover um ambiente socialmente harmônico. Apesar de encontrar nessas duas primeiras afirmações um objetivo amplo, não se pode deixar de notar que ao longo do estudo surgem alguns problemas que revelam uma avaliação mais aprofundada do tema.

O problema da alienação parental traz consigo significativa subjetividade, não há nela uma linearidade, mas critérios de ordem objetiva podem ser identificados por psicólogos bem treinados, que observam os atos do cotidiano e podem desvelar nas condutas das crianças e dos jovens elementos suficientes para a caracterização da alienação, são exemplos: a falta de apetite ou o excesso, a falta de sono ou o excesso, a falta de amigos, a falta de disposição em conviver com um grupo diferente de pessoas as quais mantém relação de dependência, o medo de criar vínculos e expor sentimentos, entre outros.

A doutrina jurídica não dissocia o ato jurídico dos sentimentos, das emoções impressas, questões que mesmo não generalizando acabam servindo como um parâmetro para identificar a alienação. Não há um modelo preestabelecido de alienador, nem é possível, conforme o estudo revela, rotular ações como pura e simplesmente resultantes do fenômeno alienatório. Pela enumeração legal, exemplificativa, as ações demonstram indício, mas não certeza. O alienador é sempre sedutor, sibilino, sagaz, inteligente, e não repetitivo nos seus modelos, excessivamente criativo e escorregadio, mudando de conduta para não ser pego.

Aqui se dá a relevância do trabalho interdisciplinar, que envolva psicólogos, assistentes sociais, e todos aqueles profissionais que possam verificar a realidade familiar em que a criança e o adolescente estejam inseridos, de modo a aproximar do juiz a dinâmica que lhe revelará se há ou não alienação, em que nível, e qual a ação que efetivamente garantirá o reestabelecimento dos vínculos e da harmonia então quebrados, para por fim garantir os direitos das crianças e adolescentes envolvidos.

Outro ponto verificado no estudo foi a apresentação na doutrina do alienador como genitor ou pai e mãe. É unânime o entendimento de que não se restringe a figura do alienador, e nem mesmo do alienado a esses. Os termos decorrem de uma cultura, do século passado, aonde o modelo de família era matrimonialista e heterossexual. Não caberia, portanto, utilizar os mencionados termos (genitor, genitora, pai ou mãe) para denominar alienador ou alienado, pois estes sim têm a grande função de não limitar os personagens. Ainda que a alienação parental ocorra dentro do seio familiar, atualmente as famílias têm constituições das mais diversas. Não raro encontrar crianças que morem com avós ou por eles sejam cuidadas a maior parte do tempo, ou, ainda, criadas pelo companheiro do genitor ou outras pessoas.

O foco, no cometimento de ato de alienação parental, portanto, não diz respeito ao tipo de família, ou quem são seus membros, mas sim ao bem-estar e ao melhor interesse da criança e do adolescente. É necessário compreender que alienador ou alienado são responsáveis, cuidadores, pessoas por quem a criança tem afeto e que, por isso, são suas referências. De outro modo, também é preciso entender que o alienador é alguém que abusa de sua autoridade e causa prejuízo emocional e físico ao menor, afastando-o dos outros adultos, por quem a criança ou adolescente nutre o mesmo sentimento de respeito, sem qualquer justificativa plausível. Esta ação traz evidente prejuízo às relações e, por isso, são respaldadas pelo Estado, por meio do ordenamento jurídico vigente, pelo dever de cuidado expresso no artigo 227 da Constituição Federal. Por esse motivo, as denominações advindas

da lei (alienador e alienado) não merecem substituição que lhes limite, são elas peculiares ao fato. Cumpre, pois, utilizar-se da palavra “alienador” para designar aquele que afasta, e “alienado” para quem é afastado, e a criança ou o adolescente é a vítima direta, embora se tenha ciência de que, ao final, toda a família acaba sendo vitimizada.

Outra questão é quanto ao perfil do alienador. Não desmerecendo alguns dos autores que constroem um perfil patológico extremo, a realidade é que o alienador pode ser qualquer indivíduo, não necessariamente alguém que indique um quadro patológico, mas podem ser pessoas comuns, normais, que momentaneamente passam por alguma dificuldade em lidar com as relações em que se veem envolvidas, seja de separação ou numa briga familiar. A mudança de comportamento ou humor indica uma dificuldade em lidar com o problema, que pode ou não ser resultado ou resultar numa doença. De todo modo, o fato de recorrentemente desrespeitarem a lei mais do que indicar que se trata de pessoa que não respeita as regras significa um confronto direto com a outra parte, e configura, muito além, um desrespeito ao direito da criança ou do adolescente.

Por fim, mas o mais importante, é verificar que entre tudo o que foi dito a observância dos direitos da criança e do adolescente devem prevalecer como norteadores do processo. Em princípio, o seu melhor interesse é o ponto chave de toda a condução processual, mas nele se encontram os direitos: à saúde física e psíquica, à convivência familiar e comunitária, à liberdade de ir e vir, e de se expressar, de receber carinho, afeto e respeito, dentre outros, que não se pretende esgotar nesse momento. Vale lembrar que isso não significa ferir o direito de quem quer que seja, mas preferir o direito de quem é considerado pessoa em desenvolvimento, frágil pela condição de maturidade em que se encontra. Sem descuidar do princípio da paternidade responsável e do instituto do poder familiar que impõe diretamente aos pais ou responsáveis a observância de direitos e deveres no sentido de proporcionar a proteção da criança e do adolescente, juntamente à comunidade e ao Estado. Ao fim e ao cabo o futuro das crianças e dos adolescentes, para que vivam no pleno gozo de seus direitos, e sejam adultos sadios, é colocado nas mãos dos adultos que têm o dever social de prestar-lhes condições dignas e assistência em todas as esferas de suas vidas.

## Referências

### DICIONÁRIO

ALIENADO. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=alienado>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

GUARDA. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=guarda>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

### DOCTRINA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. II. 6. ed. revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito romano*. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. p. 03-10. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

\_\_\_\_\_. Doutrina da Proteção Integral. p. 11-17. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros. *O judiciário ao alcance de todos: noções básicas de jurisdiquês*. 1. ed. Brasília: AMB, 2005.

BARBEDO, Cláudia Gay. Alienação Parental à luz da psicologia junguiana: uma abordagem interdisciplinar. In: \_\_\_\_\_. *Parentalidade – análise psicojurídica*. Organização de Ivone Maria Candido Coelho de Souza. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143-164.

\_\_\_\_\_. A possibilidade de ser extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 147-158.

BRASIL. *A Convenção de Direito Internacional Privado de Haia. Convenção de Haia, STJ*, Brasília DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

BRASIL. Nações Unidas no Brasil. Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/unicef/>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

BRITO, Leila Maria Torraca de; CARDOSO, Andréia Ribeiro; OLIVEIRA, Juliana Dominoni Gomes de. Debate entre pais e mães divorciados: um trabalho com grupos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, vol. 30, nº 4, Brasília, dez. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932010000400011>>. Acesso em: 23 jan.2012.

BRUNO, Denise Duarte. A Guarda Compartilhada na Prática e as Responsabilidades dos Pais. In: *Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p. 224. p. 223-230.

CANARIS, Claus-wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pindo. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006.

CIRNE, Ana Cristina Ferrareze. A criança, sua família e a sociedade: tempo de reencontro. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id594.htm>> Acesso em: 26 dez. 2012.

COSTA MACHADO (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de: Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006.

DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coordenadores). *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

\_\_\_\_\_. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXIV, n. 105, p. 315-318, mar. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITOS Indisponíveis. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 31 mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/119440.html>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

DISTRITO FEDERAL. DSM-IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 4ª Edição. IBNeuro – Instituto Brasileiro de Neuropsicologia e Ciências Cognitivas. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.ibneuro.com.br/index.php?option=com\\_content&view=section&id=3&Itemid=41](http://www.ibneuro.com.br/index.php?option=com_content&view=section&id=3&Itemid=41)>. Acesso em: 25 abr. 2012.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Conheça o STJ. Brasília DF, 07 de

fevereiro de 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293)>. Acesso em: 07 fev. 2013.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Sobre o STF – Institucional. Secretaria de Documentação. Brasília DF, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102-152.

DUARTE, Marcos. *Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda*. 1. ed.. Fortaleza: Leis&Letras, 2010.

EGAS, Fábio Botelho. Alienação parental, Lei 12.318/10. *Revista Visão Jurídica*, nº 55. São Paulo, 2010, p. 67.

ESTATUTO da Criança e do Adolescente (ECA). 6. ed. Edição Comemorativa dos 20 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Observatório Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*, Brasília DF, 2010. Disponível em: <[http://www.obscriancaeadolescente.gov.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&id=14&Itemid=141](http://www.obscriancaeadolescente.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=14&Itemid=141)>. Acesso em: 11 mar. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. As crises como elementos de ruptura dos vínculos conjugais. In: \_\_\_\_\_. *Casamento, uma escolha além do judiciário*. Organizadora Ivone M. C. Coelho de Souza. Florianópolis: VoxLegem, 2006, p. 225-243.

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARKAS, Michelle M. An Introduction to Parental Alientation Syndrome. *Journal Psychosocial Nursing*, United States of America, v. 49, n. 4, p. 20-26.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2012*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Síndrome de Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 07-14, fev./mar.. 2007, p. 08.

FRANÇA, Ronaldo; ROGAR, Silvia. Um menino e dois países. *Veja.com*, Rio de Janeiro, 04 mar. 2009. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/040309/p\\_060.shtml](http://veja.abril.com.br/040309/p_060.shtml)>. Acesso em: 11 mar.2013.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei nº 12.318/2010*. 2. ed.

rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)W traduzido por: Rita Rafaeli. *Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia*. New York – USA, 2002. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Ggulbenkian, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. O Fenômeno da Alienação Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. (Coord.). *Direito de Família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117-139.

\_\_\_\_\_. Direito à Família. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nº 51, ano 8., p. 3-5, jul./ago. 2008, p. 3.

GUAZZELLI, Mônica. Da alienação parental à acusação de abuso sexual. In: \_\_\_\_\_. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 87-93.

IBDFAM. Lei vai fazer dois anos, mas Alienação Parental exige conscientização para cessar. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=4748>>. Acesso em: 11 mai. 2012.

IBGE. Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA. Estatística do Registro Civil: Tabela 2948 – Separações judiciais concedidas em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade, e Número de filhos menores de idade dos casais envolvidos, por número de filhos do casal, responsáveis pela guarda dos filhos e lugar da ação do processo. Brasília. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

KELLY, Joan B.; JOHNSTON, Janet R. The Alienated Child: A Reformulation of Parental Syndrome. *Family Court Review*, v. 39, n. 3, p. 249-266, 2001.

JAMES, Henry. *Pelos Olhos de Maisie*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. A Psicologia e as Demandas Atuais do Direito de Família. *Psicologia Ciência e Profissão*, Porto Alegre, 29 (2), p. 290-305, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: \_\_\_\_\_. *Mediação, arbitragem e conciliação*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2008



LINS E SILVA, Paulo. Síndrome da Alienação Parental e a Aplicação da Convenção de Haia. In: \_\_\_\_\_. *Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Lumen Juriws, 2008, p. 387-398.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para Além do *Numerus Clausus*. In: \_\_\_\_\_. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família – Primeira Série*. Coordenador Cristiano Chaves de Farias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 01-18.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução para o Português: Véra Maria Jacob Fradera. Revista dos Tribunais, 1998.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar, p. 67-79. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

MATOS, Evandro Gomes de; MATOS, Thania Mello Gomes de; MATOS, Gustavo Mello Gomes de. A importância e as limitações do uso do DSM-IV na prática clínica. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 27, nº 3, set./nov. 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-81082005000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082005000300010)>. Acesso em: 21 ago. 2012.

MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Tais Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, ano XIII, nº 21, bimestral abr/mai 2011, p. 33-51.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental: aspectos interdisciplinares na teoria e na prática. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Família e Sucessões*, São Paulo, ano XXXI, nº 112, jul. 2011, p. 104 – 127.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7, 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 231-255.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), p. 61-94. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: \_\_\_\_\_. *O novo Código Civil e a Constituição*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 63.

\_\_\_\_\_; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 325 a 353.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PONTUAL, Helena Daltro. Constituições Brasileiras. *Agência Senado*, Brasília, Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

PRINCÍPIO do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ. *Site do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, 13 jun. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668)>. Acesso em: 04 jan. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia. In: \_\_\_\_\_. *Estudos Jurídicos – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. Vol. 36, n. 97, mai/ago, 2003, p. 211-242.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo:

Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010

SCARMAN, Lord Leslie. O direito inglês: a nova dimensão. Tradução de Inez Tóffoli Baptista. Porto Alegre: Fabris, 1978.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Alienação Parental. *Regina Beatriz Tavares da Silva (site acadêmico)*, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=288>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

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

SOUZA, Monaliza Costa de. As Garantias dos Filhos Frente a Alienação Parental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 29, p. 143-189, nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Judiciário, Arbitragem, Conciliação e Mediação, qual a diferença? *Blog – Justiça*, Porto Alegre, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://monalizasouza.blogspot.com/2010/04/judiciario-arbitragem-conciliacao-e.html>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

SPENGLER Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 71 a 105.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21–32.

ULLMANN, Alexandra. Guarda compartilhada e poder familiar. *Revista Visão Jurídica*, nº 55. São Paulo, 2010, p. 63 – 66.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, nº 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11583#\\_ftnref1](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583#_ftnref1)>. Acesso e 18 mar. 2013.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil (Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002), com a

colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Prof.<sup>a</sup> Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. A síndrome de alienação parental: um estudo exploratório. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 173-194, mai./ago. 2006.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]*. 4. ed.. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 94.723 – RJ. Autor: M. T. DA C. R. e outro. Representado por: G. T. DA C. R.. Réu: M. A. R.. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília DF, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 108.689 – PE. Embargante: L. DE B. N.. Embargado: A. DE A. N.. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília DF, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 28.525 – DF. Impetrante: David George Goldman. Impetrado: Relator do HC nº 101.985 do STF. Relator Ministro César Peluso. Brasília, DF, 22 dez. 2009. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisao\\_MS\\_28525\\_Pai\\_Caso\\_Sean\\_Goldman.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisao_MS_28525_Pai_Caso_Sean_Goldman.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70042715458 – RS. Agravante: J.C.C.. Agravado: F.K.M... Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Cachoeirinha, RS, 28 set. 2011. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70042715458&num\\_processo=70042715458&codEmenta=4367982&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042715458&num_processo=70042715458&codEmenta=4367982&temIntTeor=true)>. Acesso em: 04 out. 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70046241360 – RS. Agravante: J.T.N.. Agravado: M.P.F.. Relator: Jorge Luis Dall'agnol, Porto Alegre, RS, 28 set. 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70046241360&num\\_processo=70046241360&codEmenta=4532372&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70046241360&num_processo=70046241360&codEmenta=4532372&temIntTeor=true)>. Acesso em: 31 jan. 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70041115916 – RS. Apelante: J.S.. Apelado: A.A.V.. Relator: Des Alzir Felipe Schmitz , Passo Fundo, RS, 15 set. 2011. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70041115916&num\\_processo=70041115916&codEmenta=4353694&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70041115916&num_processo=70041115916&codEmenta=4353694&temIntTeor=true)>. Acesso em: 01 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70044815280 – RS. Apelante: L.C.M.S.. Apelado: J.F.S. Relator: Alzir Felipe Schmitz , Caxias do Sul, RS, 28 nov. 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70044815280&num\\_processo=70044815280&codEmenta=4460722&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044815280&num_processo=70044815280&codEmenta=4460722&temIntTeor=true)>. Acesso em: 02 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70049039118 – RS. Apelante: SM.D.. Apelado: E.N.P.. Relator: Rui Portanova, Gramado, RS, 28 fev. 2013. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70049039118&num\\_processo=70049039118&codEmenta=5125683&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049039118&num_processo=70049039118&codEmenta=5125683&temIntTeor=true)>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Pesquisa Jurisprudencial com o termo “alienação parental”. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=&ini=20](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=20)> Acesso em: 01 jul. 2011.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Código Civil de 1916. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm)>. Acesso em 30 jan. 2012.

BRASIL. Código Civil de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 30 jan. 2012.

BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 30 jan. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Poder

Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 30 jan. 2012.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 06 jan. 2013.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em 30 jan. 2012.

BRASIL. Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 20 nov. 1989. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2012.

BRASIL. Legislação. *Planalto*, Brasília, 04 julho 2011. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em 31 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em 26 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 mar. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm)>. Acesso em 02 jan. 2012.

BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

## VÍDEO

ALAN MINAS. *A morte inventada – Alienação Parental*. DVD. Produção: Daniela Vitorino. Brasil. Rio de Janeiro: Caraminhola Produções, 2009.