

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JULISVALDO SILVA SENTO SÉ

**A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM FACE DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

Aracaju

2013

JULISVALDO SILVA SENTO SÉ

**A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM FACE DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe,
como pré-requisito para conclusão do
curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADORA:

Prof^a Me. Antonina Gallotti Lima Leão.

Aracaju

2013

JULISVALDO SILVA SENTO SÉ
A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM FACE DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada como exigência parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Me. Antonina Gallotti Lima Leão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Ao espírito de Georgete, minha mãe querida, símbolo de amor, humildade e saudade inconsolável, tua luz me guia a cada passo!

À minha amada esposa Izabel Cristina

Aos meus amados filhos Julisvaldo e Lenon, amadas filhas Gina, Michele e Laila Vitória e amadas netas, Gabriele e Bruna, pelo amor e apoio e principalmente pela compreensão aos momentos de ausência.

À minha adorada tia Gina, pelo imenso amor, carinho e dedicação.

Aos meus queridos irmãos Julisvan, Julisnete e Jorge, tios, Juracy e Antônio, pelo amor fraterno e incentivo permanente desde a infância.

Aos meus queridos genros Jailton e Fábio.

AGRADECIMENTOS

Ao grandioso **Deus**, sempre nos permitindo ir além do que merecemos. A conclusão dessa caminhada é prova do seu imenso amor e bondade!

À minha **família** pelo apoio, carinho, compreensão e incentivo em todas e, em mais essa conquista!

À direção da **FANESE** pela seriedade e responsabilidade com que nos proporcionou curso atual e dotado das qualidades necessárias para o nosso crescimento pessoal e preparo profissional!

À querida **Profª Me. Antonina Gallotti Lima Leão**, pela orientação competente, responsável e carinhosa que nos propiciou a consecução desta realização acadêmica!

À querida **Profª Pós doc. Hortência de Abreu Gonçalves** pela orientação metodológica responsável e amiga!

A todos os meus queridos e diletos **professores** pela forma profissional, amiga e responsável que nos brindou com seus conhecimentos e experiências, como também pela paciência demonstrada diante da incipiência acadêmica peculiar!

Aos meus **colegas** pela convivência fraterna ao longo do curso. Novos irmãos de luta nessa vitoriosa caminhada!

A todos os meus queridos **amigos**, incentivadores permanentes ao crescimento!

A todos os colaboradores da **FANESE** pela forma simpática e dedicada que todos dispensaram ao aprestamento das medidas necessárias ao perfeito funcionamento do dia a dia desta diletta Academia, apoio indispensável à concretização desse nosso sonho!

A **todos** que torceram pelo nosso crescimento, que vibraram pra que chegássemos a mais essa conquista, e que a atribulação do cotidiano nos fez indesculpavelmente não percebê-los!

Os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar. São levados a rejeitar e a odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, são programados para odiar. Com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimento de orfandade psicológica. Este é um terreno fértil para plantar a ideia de terem sido abandonados pelo genitor.

Maria Berenice Dias

RESUMO

Esta pesquisa tem o escopo de estabelecer estudo monográfico acerca da alienação parental, fenômeno afeto ao Direito de Família, notado nos processos de separações, de alimentos, de guarda e tutela de menores e adolescentes, delimitado nas pesquisas do Psiquiatra Infantil norte-americano Richard Gardner, que estudou a Síndrome da Alienação Parental, sintoma apresentado por filhos de pais envolvidos em divórcios litigiosos. Na prática, trata-se de campanha de desqualificação do outro cônjuge, sua família e amigos junto aos filhos e até denúncias falsas de abuso sexual contra seu opositor, para deteriorar a relação entre eles e afastá-los. Advém, quase sempre, por sentimentos de revide, diante de separações mal resolvidas, resultando na disputa dos filhos. A Carta Magna de 88 dispõe proteção à família e particularmente à criança e ao adolescente no que tange aos deveres da família, do Estado e da sociedade em prover-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. A Lei 12.213 de 2010 conceitua o fenômeno como interferência psicológica e abuso moral que fere direito fundamental da criança e do adolescente ao convívio familiar e comunitário e prevê sanções ao alienador, sem prejuízo de responsabilização civil e penal. Esta conduta compatibiliza-se com ilícito civil em espécie de abuso de direito e violação de direito de terceiro, podendo ocorrer também o ilícito penal. Justifica-se, então, a abordagem da alienação parental por tratar-se de tema original do Direito Civil Brasileiro, notadamente no Direito de Família, que vem sendo construída a compreensão jurisprudencial e doutrinária hodiernamente, buscando-se contribuir com essa síntese. A pesquisa estrutura-se em cinco capítulos, fazendo-se uso da metodologia indutiva bibliográfica, utilizando-se livros, artigos e noticiários publicados em repositórios da internet afetos ao tema. Contextualiza-se a família, sua feição constitucional e civilista, o poder familiar e seus meandros, a ruptura das relações afetivas e as consequências advindas da mesma e, finalmente, aborda-se como tema central a alienação parental e sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Alienação parental. Síndrome da alienação parental. Poder familiar. Direito fundamental. Convivência familiar. Abuso moral.

ABSTRACT

This research has the scope to establish monographic study about parental alienation, family law affection phenomena, noticed in the processes of separation, of food, of guard and guardianship of minors and adolescents, delimited in the polls of the American child psychiatrist Richard Gardner, who has studied Parental Alienation Syndrome, symptoms presented by children of parents involved in contentious divorces. In practice, it is a campaign of disqualification of the other spouse, your family and friends with the children and even false allegations of sexual abuse against his opponent, to deteriorate the relationship between them and push them away. Is, almost always, by feelings of fight back, facing unresolved separations, resulting in the running of their children. The Magna Carta of 88 offers protection to the family and particularly to children and adolescents with regard to duties of the family, the State and society in providing them the right to life, to health, to food, to education, sport, leisure, professionalization, culture, dignity, respect, freedom and family and community living. The law of 12,213 2010 conceptualizes the phenomenon as psychological interference and moral abuse that hurts fundamental right of children and adolescents to family and community life and provides for sanctions on alienator, without prejudice to any civil and criminal liability. This conduct is compatible with civil in kind of illicit abuse of law and third law violation, and may also occur the criminal offence. Is justified, then, the approach of parental alienation as original theme of Brazilian Civil law, especially in family law, which has been built to current doctrinal and jurisprudential understanding, seeking to contribute to this synthesis. The research is structured in five chapters, making use of the inductive methodology using bibliographic books, articles and news published on internet repositories affection to the theme. Contextualizes the family, their constitutional and civil law trait, the family power and its intricacies, the rupture of emotional relationships and consequences arising from the same and, finally, deals with parental alienation as a central theme and its legal nature.

Keywords: Parental alienation. Parental alienation syndrome. Family power. Fundamental right. Family living. Moral abuse.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	DIREITO DE FAMÍLIA	14
	2.1 Família – Concepção Histórica.....	14
	2.1 Família na Perspectiva da CF/88 e do Código Civil Brasileiro/02.....	16
	2.2 Espécies de Família Reconhecidas pelo Direito Brasileiro.....	18
	2.4 Relações de Família e Filiação.....	19
3	PODER FAMILIAR	24
	3.1 Conceito, Características e Conteúdo.....	24
	3.2 Exercício do Poder Familiar.....	27
	3.3 Extinção, Suspensão e Destituição do Poder Familiar.....	31
4	A RUPTURA DA RELAÇÃO AFETIVA	35
	4.1 Direito de Convivência com os Filhos.....	36
	4.2 Guarda Unilateral.....	40
	4.3 Guarda Alternada.....	42
	4.4 Guarda Compartilhada.....	43
5	A ALIENAÇÃO PARENTAL	47
	5.1 Conceito e Particularidades	48
	5.2 Sequelas da Alienação Parental.....	54
	5.3 Natureza Jurídica da Alienação Parental.....	57
	5.4 Lei 12.318/10.....	63
	5.5 Lei de Alienação Parental x Estrutura do Poder Judiciário.....	66
6	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem o escopo de estabelecer estudo acerca da alienação parental, fenômeno afeto ao Direito de Família, que vem comumente ocorrendo nos processos de separações, guarda e tutela de menores e adolescentes, podendo acontecer também na constância do casamento.

A alienação parental pode ser arguida em ação incidental em quaisquer desses processos ou em ação autônoma, a requerimento ou mesmo de ofício pelo juiz, conforme disposição atual da norma que disciplina o fato.

Comportamento delimitado nas pesquisas do Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil do Estado de Columbia, em Nova York/EUA, Richard Gardner, quando detectou e estudou a Síndrome da Alienação Parental, sintoma apresentado por filhos de pais envolvidos em divórcios litigiosos.

No entendimento de Pablo Stloze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Trata-se, como dito, de um distúrbio que assola crianças e adolescentes, vítimas de interferência psicológica indevida, realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro.” (2011, p. 603).

O fato em estudo pode ser entendido como um conjunto de comportamentos realizados por um dos genitores, a exemplo a campanha de desqualificação do outro cônjuge, junto aos filhos para deteriorar a relação entre eles com a intenção de afastá-los definitivamente.

A Síndrome compreende os sintomas da impregnação da alienação, denotados nas alterações de ordem social e psicológica no comportamento da criança. Assim, concorda a Doutora. em Processo Civil Priscila Maria Pereira Correa da Fonseca (2008, p. 4):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

Diante de tal premissa, denota-se inicialmente os possíveis fatores de cunho cultural e social que acredita-se propiciar a origem do fenômeno em estudo.

A Constituição Federal de 1988 estabelece sobre a família, no art. 227 (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 72):

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-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Os deveres estabelecidos pela Carta Magna de 88, atinentes à criança e o adolescente no que tange às atribuições da família, foram precedidos de uma base cultural advinda de um modelo sócio-familiar anteriormente concebido.

No Brasil, a menina desde a infância vinha sendo condicionada ao exercício do lar e cuidados com a prole; as brincadeiras de boneca e casinha dizem respeito a uma conformação social das mulheres serem preparadas para a administração do lar, proverem cuidados e carinho aos filhos.

O menino era educado predominantemente para as atividades que mais diziam respeito à sua futura permanência externa ao lar provendo a família, o carrinho e a bola eram traços dessas idéias.

Notório se faz que o antigo modelo familiar vem apresentando mudanças. O homem buscou mais contato e participação nas atividades da família, aproximando-se mais dos filhos, enquanto que a mulher atua também no labor externo, participando da manutenção da prole.

Diante de impactos sociais de ordens diversas, tanto econômicas, como políticas, tecnológicas, religiosas, dentre outros, é notório a fragilização por que passam as relações afetivas, resultando em aumento significativo das separações e na maioria das vezes de forma litigiosa.

A ausência de consensualidade nessas contendas faz carecer em grande parte, da intervenção judicial, que deverá estabelecer equilíbrio ao litígio, e conforme o caso, por fim à lide, resguardando os interesses dos litigantes, com prioridade aos interesses dos filhos, quando havidos.

Necessário então, a observação de que, quase sempre, restam sentimentos tidos como resultantes do desenlace, materializados na decretação por um genitor,

do veto afetivo e de convivência dos filhos com o outro genitor. Acerca do assunto acerta Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 305):

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-conjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”.

Na prática, ocorre que o alienador geralmente aproveita-se da predominância que tem sobre os filhos, principalmente quando detém a guarda dos mesmos, desqualificando constantemente o outro genitor, seus familiares e amigos.

As visitas geralmente são interrompidas, dificultando o contato entre eles; omitem-se informações importantes ao outro genitor sobre a vida dos filhos em relação à saúde, escola, e necessidades; omitem-se ainda notícias e contatos buscados pelo outro genitor com os filhos; altera-se constantemente de endereço, e como recurso extremo, pode vir a apresentar denúncias falsas de abuso sexual contra seu opositor.

Muito embora o Judiciário já lidasse com a alienação parental e sua complexidade, a Lei 12.213 de 2010 veio prover mais solidez para que se possa com normatividade especial, decidir de forma célere e adequada, já que um dos aspectos mais reclamados nesta seara reside na leniência e impropriedade das decisões emanadas.

Nessa esteira dispõe o juiz de Direito Antônio Veloso Peleja Júnior (2010, p. 1):

Necessária à realização de perícia – estudos sociais e psicológicos. Contudo, os procedimentos são demorados e, por vezes, não conclusivos, motivo por que o juiz encontra-se em constante tensão entre manter as visitas, autorizá-las acompanhadas ou suspendê-las de vez.

A justificativa da abordagem à alienação parental reside em se tratar de tema original do Direito Civil Brasileiro, notadamente no Direito de Família, seara onde se encontra hodiernamente sendo construída a sua compreensão jurisprudencial e doutrinária.

Fato grave que aflige as famílias nas contendas das separações e que tem como pano de fundo, o abuso ao direito fundamental da criança e do adolescente de convivência e afeto parental.

A alienação parental é comportamento de agressão a direito fundamental de convivência entre pais e filhos, na medida em que o genitor, através de campanha de desvalorização do outro genitor, dos seus princípios e familiares, altera a percepção e sentimento dos filhos para com aquele, estabelecendo o ódio entre ambos, afastando-os e destruindo qualquer possibilidade de convivência.

A finalidade dessa inferência não é senão, alçar a compreensão do conteúdo analítico da natureza jurídica da alienação parental e seu liame no Direito Civil Brasileiro.

Assim, se discorre acerca da conduta dos genitores, suas responsabilizações e por fim a tendência das decisões do Judiciário Brasileira no manejo desse fenômeno a partir da nova lei.

Para tanto, toma-se como objetivo geral a análise das particularidades comportamentais dos envolvidos no fenômeno da Alienação Parental com intuito de aferir a natureza jurídica desse comportamento e sua compreensão possível no ordenamento jurídico brasileiro.

De forma específica, objetiva-se analisar as formas da prática de alienação parental, suas características e os níveis de impregnação do fenômeno apresentado por todos os envolvidos.

Também objetiva-se verificar a eficácia das medidas sancionadoras contidas na Lei 12.318/10, as medidas terapêuticas de tratamento aos agentes e vítimas e ainda as mudanças trazidas à atuação do Judiciário pela nova lei.

A tendência do Judiciário quanto às responsabilizações civis ao genitor alienador também se traz à baila. E, por último, aferir a estrutura do Judiciário para por em prática as disposições da Lei 12.318/10.

Para que se alcancem os objetivos propostos por esta construção, organiza-se a mesma de forma a oferecer informações atuais, fundamentadas e razoáveis às indagações intrínsecas aos objetivos propostos.

Para tal intento estrutura-se então em seis capítulos, fazendo-se uso da metodologia indutiva bibliográfica, utilizando-se livros, artigos e noticiários publicados em repositórios da internet afetos ao Direito de Família e afetos ao tema, escritos por diversos autores, expondo suas ideias acerca dos aspectos diversos da alienação parental.

O método contempla ainda o fichamento das respectivas obras como forma de síntese das ideias, buscando-se, contudo o resguardo do estilo e a experiência

dos profissionais que manejam a alienação parental, suas posições e interpretações, assim como e principalmente as decisões do Judiciário, atuantes nessas demandas, de modo a dar resultado às famílias que se encontram angustiadas ante à ocorrência do fenômeno.

Na Introdução, apresenta-se a contextualização temática acerca da alienação parental de forma sucinta, a justificativa de sua abordagem, os objetivos propostos, a metodologia utilizada na estruturação da pesquisa e a estruturação formal do conjunto da obra demonstrada na tratativa de seus capítulos.

O segundo capítulo é estruturante da contextualização da família sob a ótica do Código Civil de 2002. O Direito de família, sua nova feição disposta por esta Lei e a proteção outorgada constitucionalmente à entidade família.

O Terceiro capítulo trata do poder familiar, qualidade disposta aos pais e responsáveis pela proteção, criação e educação da criança e do adolescente para o exercício do dever parental, abordando o exercício e as limitações normativas desse poder.

No quarto capítulo dispõe-se acerca das consequências advindas das separações, a conservação do poder familiar e as formas de convívio parental estabelecidos após as rupturas afetivas e suas características.

O quinto e último capítulo acerto ao tema é o núcleo da pesquisa, e visa efetuar a análise da alienação parental, suas características, formas possíveis de acontecimento, suas origens e o comportamento dos agentes envolvidos, Também as sequelas deixadas nos envolvidos com o fenômeno da alienação parental são verificadas. E, como centro de interesse do trabalho analisa-se a natureza jurídica da alienação parental e suas implicações e responsabilizações civis e penais.

Nesse capítulo aborda-se por fim, a Lei 12.318/10, sua feição jurídica, seus dispositivos, e também sua aplicabilidade pelo Judiciário Brasileiro ante a estrutura deste Poder.

Ao término dos capítulos ora descritos temos a conclusão, que sintetiza todo o assunto pesquisado e aqui apresentado sem a mínima pretensão de exauri-lo tanto pela singularidade da forma do mesmo, quanto pelo pouco tempo de observação que o tema se manifesta no Direito Brasileiro,

2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Família – Concepção Histórica

A família, compreendida como a *célula mater* da sociedade, irrefutavelmente é o primeiro ambiente da prática de relação social do ser humano e por isso, produtora das originais qualidades e valores que o compreende e que porta ao longo da sua existência.

As necessidades fisiológicas como segurança e interação, entre outras, foram fatores determinantes para o surgimento dos primeiros grupos sociais humanos. Acerca da tese, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dispõem (2010, p. 2):

No ambiente familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos naturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se assim que é nessa ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha dos seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

A família diante da necessidade de efetivação da divisão das atividades domésticas, bem como da busca de seu sustento, segurança e criação da prole, tendeu por força das aptidões naturais ao modelo patriarcal.

As habilidades masculinas fizeram com que o homem se situasse como o chefe da família, produtor do sustento e segurança do grupo enquanto que à mulher, coube o cuidado do recanto familiar e a criação dos filhos,

Desde então, a família vem evoluindo tanto quanto as circunstâncias da sua formação, quanto a sua representação social, ganhando corpo e notabilidade independentemente da forma adotada.

A instituição que inaugurou a sociedade não ficou isenta das influências advindas da mesma, e conforme as variantes econômicas, políticas e culturais impactantes em cada momento desse tecido maior, empresta ao grupo uma nova feição. Concorde Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2011, p. 51):

Perdurou, assim, como formato predominante e estanque por séculos, até que com o advento da revolução industrial, em meados do século XVIII, uma nova alteração começou a ser vislumbrada.

De fato, a visão tradicional da família centrada no pai de família, como líder espiritual e único provedor da casa, sofreu sério abalo com as novas necessidades da coletividade.

Com a maior demanda de mão de obra e aumento da carência econômica pela pobreza disseminada, as mulheres – que outrora se limitavam ao já exaustivo labor doméstico – ingressaram maciçamente no mercado de trabalho, deixando de ser o homem a única fonte de subsistência da família. Depauperou-se a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo, migrando o núcleo familiar para as cidades, em busca de novas oportunidades. Com a redução dos espaços das áreas de convivência e com o alto custo de vida, passou-se a repensar o tamanho da prole e a valorizar a aproximação dos seus membros e seu vínculo afetivo.

Não há como negar o perfil produtivo que moldou as relações familiares, onde se formavam famílias para a construção patrimonial, visando aquinhoar seus herdeiros.

Evidente também que as necessidades inerentes ao ser humano como realização, afeto e felicidade pressionariam para o fim daquela dimensão, instalando-se assim valores que sepultaram o modelo tradicional de família. Assevera Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 4):

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

A família compreende-se, por uma instituição em que a realidade atual transcende os fatores de ordem biológica que no passado a determinava, alçando conquistas de maiores dimensões em busca da realização pessoal e coletiva.

A sua complexidade e diversidades de formas atuais é o espelho dessa realidade na busca de melhores relacionamentos, conquista do amor e afeto. E muito embora suas raízes imutáveis fundadas na realização de suas necessidades básicas como grupo, a realidade atual é, inegavelmente, o resultado de fatores sempre atrelados à realização da pessoa humana.

2.2 Família na Perspectiva da CF/88 e do Código Civil Brasileiro/02

Seguindo os traços da antiga concepção da família patrimonialista e hierarquizada foi construído o velho Código Civil de 1916 no que tange ao núcleo social, bem como todas as leis posteriores nele inspiradas.

Aquelas normas referendavam apenas as famílias constituídas a partir do casamento no enfoque da família instituição, permanecendo até a promulgação da Carta Magna de 1988.

A dignidade da pessoa humana, princípio central da Constituição atual demonstrara a absorção das mudanças e avanços sociais e com eles a nova feição que a família apresentara, migrando da concepção institucionalista para a instrumentalista.

A inauguração de uma nova ordem de valores sociais é verificada a partir da valorização do eixo da dignidade da pessoa humana, como bem dispõe a doutrina. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 62):

Hoje no momento em que se reconhece a família, em nível constitucional a *função social de realização existencial do indivíduo*, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base de uma sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado democrático de Direito calcado no princípio da dignidade humana.

Maria Helena Diniz (2011 p. 32) ensina em sua obra Curso de Direito Civil Brasileiro, que o novo milênio é esperança de soluções de problemas que assolaram o Direito de família. A liberação sexual, a conquista do poder e liberação da mulher *empowerment*, conquistando papéis decisivos na sociedade, a desbiologização da paternidade. Segundo a doutrinadora, todas essas mudanças e muitas outras vieram para garantir a coesão familiar e um melhor diálogo dos partícipes da família.

Os princípios elencados e estabelecidos pela Constituição Federal de 88, seguidos pelo Código Civil/02 e espelhados na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e espriados pelo ordenamento jurídico brasileiro, dão azo e robustez à família pós-moderna:

Princípio da *ratio* que estabelece a existência da afeição entre os entes do matrimônio e da união estável, comprovando a necessidade da construção da comunhão de vida, extinguindo-se esta então, com as separações.

Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, quando os direitos e deveres dos consortes passam a serem vistos em condição de igualdade,

fazendo sucumbir à base patriarcal familiar fundada no chefe da família. A mulher deixa de ser mera colaboradora do marido para exercer papel igualitário na formação e desenvolvimento dos indivíduos da família.

Princípio do pluralismo familiar onde o pensamento constitucional de proteção abrange agora não só a família matrimonializada, mas também outras entidades familiares (união estável e família monoparental).

Princípio da consagração do poder familiar, que surge em substituição ao poder paterno, estabelecendo condição paritária (homem e mulher), na outorga desse poder dever, para que possam educar e orientar os filhos, bem como administrar seus patrimônios pelo uso da autoridade àqueles instituídas.

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, quando o direito positivo não mais admite tratamento diferenciado entre filhos legítimos, naturais e adotivos, estabelecendo a igualdade de todas as espécies (nome, direitos, poder familiar, sucessão, etc.). Uma vez ingressado no mundo jurídico de forma natural, do reconhecimento ou da adoção, todos são constituídos filhos.

Princípio da liberdade, que não admite nenhuma forma de Direito público ou privado à imposição da constituição de vida familiar, ou assim por qualquer forma, às pessoas.

O desejo da comunhão de vida familiar através do casamento, união estável, ou qualquer outra entidade familiar, bem como seu planejamento familiar é de livre e democrática escolha. Ao Estado cabe orientar, dando base para a melhor concepção possível de planejamento familiar.

Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, que se reveste na base de comunidade familiar. Os outros princípios são corolários deste e estabelecem a efetividade do mesmo na constituição familiar para a realização de todos os seus membros, principalmente às crianças e adolescentes.

Princípio do superior interesse da criança e do adolescente, que se funda tanto na prioritária da efetivação das políticas públicas quanto nas relações internas de família, na realização do integral desenvolvimento físico, psicológico, mental e espiritual da criança e do adolescente, quer seja durante o convívio, como também nas situações conflituosas de separações e divórcios, disputas de guardas e visitas.

Princípio da afetividade, condição da efetivação e da continuidade das relações familiares, nessa essência é que se realizam os membros da família, sendo

estabelecido reconhecidamente como o substituto da hierarquia e da sistematização familiar, permitindo a união pela legitimação de sentimentos mútuos.

A Carta Magna de 88 declara a proteção a ser efetuada pelo Estado Brasileiro à família, se solidarizando com esta e com a sociedade para com os deveres essenciais em relação ao núcleo, às crianças e os adolescentes.

Verifica-se que os destinatários da proteção ensejada pelo Estado à família são os cidadãos, os indivíduos e membros das respectivas, que fazem jus a tratamento digno e igualitário.

Também a pluralidade é observada a pluralidade das formas, abandonando-se a limitação da formação familiar outrora limitada à heteroparidade advinda do casamento, pois a nova ordem constitucional é “promover o bem de todos” segundo o art. 3º, IV, CF/88, regendo-se os grupos pela afetividade, igualdade, exercício do poder familiar e solidariedade entre os seus membros.

2.3 Espécies de Família Reconhecidas Pelo Direito Brasileiro

A Constituição estabelece a pluralidade das formas admitidas para a constituição da família; (CÚRIA, CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 72):

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

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

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

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

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

A família constituída pelo casamento já foi a única forma constituída pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual conta ainda com normatividade específica constante tanto na CF/88, como em todas as disposições do Direito de Família (filiação, parentesco, sucessão, etc.). A evolução do pensamento constitucional então dispôs as diversas formas admitidas.

A união estável entre o homem e a mulher (casal heteroparental), estabelece-se com ou sem a intenção de casamento, geralmente sob o regime de comunhão parcial de bens, quando não acordam contratualmente outra forma de estabelecimento patrimonial.

A família homoafetiva muito embora a negação de parte da doutrina, considerando essas uniões apenas no campo obrigacional, há que observar os novos ditames constitucionais, como assevera Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 60):

Enfim, instrumentalizada à afirmação da dignidade da pessoa humana, a família passa a servir como um verdadeiro elemento de cidadania, não sendo possível excluir do seu âmbito de proteção pessoas humanas, cujas dignidades estão resguardadas por mandamento constitucional. Com efeito, é na exuberante arquitetura civil-constitucional, construída para a proteção da pessoa humana que sobreleva afirmar a compreensão das uniões homoafetivas como núcleos familiares, merecedores de “especial proteção do Estado”, a partir da cláusula inclusiva do art. 226 da Lei Maior.

Muito tempo discriminado principalmente pelo segmento religioso e grande parte da sociedade, esta forma de constituição familiar já se fazia realidade em grande parte do mundo. Fundada na afetividade e na liberdade sexual, veio a encontrar nova forma de tratamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

A controvérsia do reconhecimento aqui no Brasil restou superada, quando em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal admitiu a união estável entre casais de mesmo sexo, estabelecendo a união homoafetiva para todos os efeitos do Direito de família e a sucessão.

A família monoparental, feita a alusão no § 4º do artigo citado da CF/88, reconhecido como a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Este núcleo familiar decorre da separação ou mesmo por morte de um dos pais, também de mulheres ou homens solteiros que decidem viver sozinhos. A proteção residente na impenhorabilidade do bem de família estabelecido pela Lei 8.009/90, há que vigorar nesta forma de família.

A família reconstituída também é realidade na sociedade e Direito brasileiros, quando pessoas unidas pelo afeto constitui núcleo familiar agregando filhos e situações jurídicas de relacionamentos de formas diversas anteriormente constituídas.

2.4 Relações de Família e Filiação

A família, reconhecida e protegida pelo aparato estatal como bem disposto na CF/88, circunstâncias já muito bem delimitadas nos princípios constitucionais e já

exploradas, num pensamento de transcendência da relação e da afetividade, pode vir a gerar, adotar ou mesmo reconhecer filhos já havidos anteriormente.

A filiação quando fator conseqüente ou não da constituição familiar, há que ser considerada sob os efeitos dos mesmos aspectos dispensados na Carta Magna à família, aliás, há que serem as pessoas nela contida, a inspiração protetiva constitucional. A doutrina civilista confirma essa convicção no ordenamento jurídico brasileiro: Assim colocam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2011, p. 611):

Um dos temas, do ramo do Direito de Família, que mais sofreu influência dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 foi, indubitavelmente, o da filiação, que consiste, em síntese conceitual, na situação de descendência direta, em primeiro grau. Com efeito, antes deste marco histórico, o ordenamento jurídico brasileiro consagrava diferenciais de tratamento entre filhos (legítimos e ilegítimos), que hoje, não são mais aceitos.

A pedra angular da nova feição atribuída às relações sociais e conseqüentemente às de família é a adoção do princípio da igualdade, respaldado pela acepção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não há que se verificar mais no espaço de tratamento social ou jurídico a possibilidade de distinção entre família legítima e ilegítima. É vedada a efetivação de tratamento ou designações discriminatórias relativas à filiação, quando uma vez estabelecidas em âmbito familiar e do direito, são então, cobertas pelo manto da igualdade constitucional.

Então, considera-se a filiação um fato da vida, valorado em princípios estabelecidos para garantir existência digna e a efetivação de direitos que assegurem os efeitos dos princípios constitucionais.

Assim estão dispostos na Carta Magna em seu art. 227, § 6º. Cúria, Céspedes e Nicoletti. (2012, p. 72): “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Disposição idêntica encontra-se no art. 1596 do CC/02 e no art. 20 da ECA.

Como já abordado, ressalte-se que há impossibilidade de imposição por qualquer das instituições do Estado ou privadas na forma da constituição familiar, bem como do planejamento familiar no que concerne, principalmente, ao número de filhos (§ 7º do art. 226, CF/88). Acerca da atribuição estatal nesse assunto acertam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. (2010, p. 47):

Pois bem, o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção.

Há de se levar em conta, ainda, os problemas que decorrem, naturalmente, do crescimento desordenado e, por isso, ao Poder Público compete propiciar recursos educacionais e científicos para a implementação do planejamento familiar.

No Direito Brasileiro admite-se então, a presunção, o reconhecimento e a adoção de pessoas na condição de filhos. A presunção, especialmente admitida aos filhos havidos no casamento, ou na entidade familiar.

O reconhecimento de filhos poderá ser voluntário, em geral através de procedimento extrajudicial, quase sempre em relação a filhos concebidos fora do relacionamento principal.

O art. 1597 disciplina as regras de presunção de filhos na constância do casamento, (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 254):

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nas hipóteses dos incisos I e II, são estabelecidos prazos de razoabilidade para as concepções, sendo condição estabelecida em possíveis prazos e não prazos restritos.

Acerca das hipóteses dos últimos incisos, considera-se a concepção artificial homóloga, a realizada com o material genético próprio do casal e heterólogo a concepção realizada com material genético de terceira pessoa doadora.

Assim, havendo a concepção artificial homóloga, com falecimento posterior do marido ou não, a presunção se encontra entendida pela relação afetiva anteriormente estabelecida.

Porém se o processo de fecundação artificial é heterólogo, necessário se faz a autorização prévia do marido para ocorrer à presunção da filiação.

O reconhecimento de filhos poderá se dar voluntariamente ou judicial. Na primeira situação, o ato será de livre vontade, irrevogável, incondicional e

personalíssimo e geralmente praticado pelo pai. Assim reza o Código Civil. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 254):

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro do nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo Único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Como filho, podem ser reconhecidos, o menor absolutamente incapaz (participação do Ministério Público), o menor relativamente incapaz, o nascituro, pessoa falecida e pessoa maior.

A modalidade judicial, além do reconhecimento da paternidade biológica, comporta espécies polêmicas como o reconhecimento da paternidade socioafetiva, da paternidade alimentar e da ascendência genética. Naturalmente que por via judicial esses vínculos são estabelecidos mediante ação investigatória.

No polo ativo estão legitimados para a propositura da ação de investigação de paternidade, o filho interessado ou o seu representante, o Ministério Público e os herdeiros. No polo passivo legitima-se o pai investigado ou seus herdeiros. No cabedal probante se destaca primordialmente o exame de DNA como o mais importante, pois além da sua precisão científica, na recusa, estabelece-se a presunção de paternidade.

Acerca do assunto colocam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 625):

De fato a Lei 12.004 de 29 de julho de 2009, alterou a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento), para estabelecer a presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético – DNA.

A paternidade socioafetiva, situação mais conhecida como adoção à brasileira, tido como adoção ilícita, consoante à existência de legislação vigente para o referido procedimento, pois a adoção é instituto disciplinado por normas que estabelecem regras e critérios rigorosos e que visam proteger o melhor interesse da criança e do adolescente na adoção.

O instituto da socioafetividade é uma realidade enfrentada por mais de uma vez pela jurisprudência brasileira. Famílias que no passado admitia pessoas não havidas no casamento, registrando-a e criando-a como filho.

A filiação socioafetiva, muito embora ilícita como adoção, já ocorreu no STJ o reconhecimento ao protegido e atribuindo status de filho por decurso do tempo, situação consolidada há mais de quarenta anos.

A paternidade alimentar também é fato na jurisdição brasileira. O reconhecimento desta forma de vínculo se resume ao ato posterior ao reconhecimento da paternidade socioafetiva. Estabelece-se uma relação meramente assistencial em virtude de precariedade econômica do suplicante, prestando-lhe alimentos.

A ascendência genética trata do direito do conhecimento aos adotados e dos reconhecidos de forma socioafetiva de ter conhecimento de sua paternidade biológica. Registro já se faz de manifestação jurisprudencial de admissão do reconhecimento autônomo.

Por fim, o Direito brasileiro trata por igual todos os outros filhos, o adotado, o gerado e os reconhecido, como já explorado nos ditames constitucional e do Código

Civil. Não sem propósito o § 7º do art. 227 da CF/88, já citado, foi repetido no Código Civil/02 no art. 1596, e na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), taxando essa igualdade.

Essa tese é ratificada no art. 41 da mesma da ECA, quando a referida Lei disciplina as regras para a adoção “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos patrimoniais” (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 882).

A efetivação dos princípios constitucionais é verificada nas diversas normas brasileiras atinentes a igualdade fundada na dignidade da pessoa humana concernentes à filiação, vedando-se qualquer tratamento discriminatório ou estabelecimento de qualidades diferenciadas de filho perante o ordenamento jurídico.

3 PODER FAMILIAR

3.1 Conceito Características e Conteúdo

O poder familiar pode ser determinado pelo conjunto de direitos e obrigações impostos pelo sistema legal aos pais, próprios e limitados por suas autoridades, inerentes às pessoas dos filhos e seus bens, enquanto menores e incapazes.

O regramento do exercício do poder familiar encontra-se estabelecido no Código Civil/ 02, e também, sobre aspectos específicos, nas Leis 8.069/ 90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 12.318/10 (Lei da Alienação Parental).

O Estado, aqui regulando as relações existentes entre pais e filhos, abraçando então o legislador civilista a feição do *poder familiar* que irá estabelecer direitos e deveres a serem seguidos aos detentores desse múnus público,

Importante ressaltar que o Poder familiar, outrora conhecido como “Pátrio poder” no Código Civil de 1916, era atribuído ao marido por meio da *pátria potestas*, traços do direito romano onde o poder hegemônico era o do pai e esse era considerado o chefe da família e responsável pelos destinos da prole, somente permitindo o exercício desse poder à mulher por sucessão, na falta do seu titular.

A Constituição de 88 veio modificar esse entendimento, dando lastro principiológico às relações de família e estabelecendo a igualdade entre os cônjuges e também companheiros, para todos os fins do exercício do poder/dever em relação aos filhos e conceituando então como poder familiar a ser exercido simultaneamente pelos consortes.

Assim, é disposto no Art. 226, §4º da CF: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 72):

Acerca do assunto, assevera Maria Helena Diniz (2011, p. 602): “O poder familiar é outorgado aos pais de forma simultânea, pois assim deve ser exercitado também deve ser exercitado, conjuntamente. Excepcionalmente poderá apenas um exercê-lo (CC, art. 1960)”.

Também confirma a nobre doutrinadora, que esse poder deve ser exercido para estabelecer a efetivação dos interesses dos filhos, principalmente a proteção dos filhos, haja vista os seres humanos necessitarem nos primeiros anos de vida, de

alguém que lhes ampare e oriente, provendo- lhes a educação e administrando seus bens.

Não obstante o direcionamento aos pais desses cuidados e o dever de evitar toda sorte de riscos aos menores, podendo usufruir de seus bens enquanto cuidam, dispõe também a ambos o dever de se fiscalizarem quanto a esta administração, não sendo permitido o desvio de finalidade, restando ao Estado intervir em última razão.

A autoridade exercida ante o poder familiar, segundo o princípio constitucional da igualdade, não admite superioridade entre os pais, ficando adstrito a qualquer deles buscar na jurisdição a resolução de questões controversas na relação parental na defesa dos direitos dos filhos. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 880):

O poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O Estado que efetiva então a proteção outorgada à família e muito embora não se permitindo a imposição de quaisquer nuance quanto aos aspectos ditos de livre escolha da família acerca da forma e da conciliação de regência, põe-se à disposição para jurisdicionar as controvérsias advindas da possível falta de entendimento quanto ao cumprimento dos princípios fundamentais e regentes da instituição.

Muito embora a evolução da terminologia fosse necessária, principalmente pela nova feição constitucional auferida ao instituto da família pela Carta Magna de 88, restam críticas relativas ao exercício direcional dos pais em relação aos interesses dos filhos como significado de poder, quando se exercita a autoridade.

Assim, acerta Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 413):

A denominação “poder familiar” é mais apropriada que “pátrio poder”, utilizado pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao “poder”. Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física e psíquica, inerente ao poder.

Como autoridade familiar entende-se, a autorização legal para se comportar segundo a preservação da entidade familiar visando o desenvolvimento biopsíquico

dos seus integrantes, agindo os pais em relação aos filhos como guias desde seus nascimentos até que venham a atingir a maioridade civil.

Os efeitos primordiais do poder familiar se consubstanciam em direitos e deveres, oriundos da constituição familiar e filiação. São direitos e deveres soerguidos para a proteção da criação dos filhos, bem como da administração do seu patrimônio.

Segundo Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 28), o poder familiar se funda na pessoa e sua tutela, sendo todas as disposições outorgadas em proteção à família visarem primordialmente a pessoa:

Diante do poder familiar é necessário notar que o valor central de referência é sempre a pessoa. À sua tutela, da pessoa, é que 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 necessária aberta, não limitada às previsões legislativas e, portanto, tipificadas.

Uma vez que a menoridade e a incapacidade são requisitos para a efetivação do exercício do poder familiar pelos pais em relação aos filhos, conclui-se que a conquista da maioridade e da capacidade plena civil, exoneram de plano esse direito dos pais em relação àqueles.

Dispõe o art. 1631 do CC/ 02 que durante o casamento e a união estável, na ausência de um dos pais, o outro exercerá o poder familiar de forma exclusiva, o que resulta na compreensão de mesmo resultado quando da ocorrência de incapacidade de qualquer deles.

Assim também será o raciocínio, quando na constância de outras formas de composição familiar admitidas pelo Direito familiar sob os mesmos regimes, e que existam filhos.

O poder familiar apresenta aspectos próprios outorgados pelo Direito Civil que o torna peculiar ao fim legal designado pelo Direito de Família, quais sejam:

- a. Múnus público: similar aos cargos públicos, intermediando em status, o poder e o direito subjetivo.
- b. Irrenunciabilidade: não podendo ser objeto de desistência dos pais (atribuição dotada de imperatividade).
- c. Imprescritibilidade: hipótese de extinção, suspensão e perda estão previstos na lei, não sendo possível sua prescrição pelo não exercício.

- d. Inalienabilidade: muito embora o nosso Direito já tenha permitido pelo instituto da delegação, não se permite hodiernamente a disponibilidade do poder familiar.
- e. Relação de autoridade: em contrapartida ao dever de obediência dos filhos cabe aos pais dever de subordiná-los às suas orientações e cuidados. A superioridade se estabelece para o exercício do múnus de guarda e regência.
- f. Incompatibilidade com a tutela: enquanto perdurar o poder familiar aos pais é impossível à nomeação de tutor para qualquer fim.

Da síntese dos princípios, depreende-se então, estarem sujeitos ao poder familiar todos os filhos e conseqüentemente ao dever de obediência aos pais, incluindo-se os reconhecidos e adotivos.

O menor ou incapaz que não tiver sua filiação reconhecida por um dos seus genitores, ou por estar o poder familiar sujeito à interdição suspensão ou destituição, estará então sujeito ao poder familiar exercido apenas por um desses, ou estará sob a autoridade de um tutor na ausência ou impedimento dos dois.

3.2 Exercício do Poder Familiar

A Constituição de 88 estabelece a proteção da família como esteira da dignidade das pessoas. Assim, como bem disciplinado pelo CC/02, o poder familiar é exercido para garantir sob a égide da afetividade, o desenvolvimento sadio de seus membros. Assim acertam Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis: (2011, p. 28):

Não cabe dessa guisa, a compreensão do poder familiar, sem que se note que a situação em voga é o amor dos pais (sejam biológicos ou socioafetivos) pelos filhos, que fará com que o desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família se dê em plano ideal a ponto de restar pleno equilíbrio entre a formação e manutenção da entidade familiar e o plano de cumprimento e salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos atuantes na relação familiarista.

O Código Civil/ 02 dispõe acerca das atribuições dos pais, disciplinando os procedimentos atinentes ao exercício do poder familiar no art. 1634 (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 255):

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I dirigir-lhe a criação;

- II tê-los em sua companhia;
- III conceder-lhes ou negarem consentimento para casarem;
- IV nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico se o outro dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não poder exercer o poder familiar;
- VI representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VII reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VIII exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Conforme estabelecido no inciso I, incumbe-se aos detentores do poder familiar preparar os filhos durante a criação, orientando-os e educando-os segundo os princípios contidos nos direitos fundamentais da pessoa humana com reflexos morais e espirituais, tornando-os pessoas úteis e capazes de contribuir e integrar-se numa sociedade justa e igualitária.

Acerca do inciso II, que estabelece a tarefa de ter os filhos em sua companhia e guarda, encontra-se aí insculpido o dever de proteção e vigilância durante a criação, mantendo-os a salvo da materialização e influências eventuais que lhes possam trazer prejuízos à formação física, moral e espiritual.

O inciso III estabelece a concessão de consentimento, podendo subsidiariamente ser suprido pelo juiz, quando entendida como injusta a negativa dos genitores.

Refere-se o Inciso IV à nomeação de curador aos filhos através testamento, ou mesmo escritura pública, para defender os interesses dos filhos nas situações em que o outro cônjuge já tenha morrido, ou, seja incapaz conforme previsão legal e não possa exercer o poder familiar.

O inciso V estabelece a representação dos pais aos filhos até os dezesseis anos para os atos da vida civil e assistência daí aos dezoito anos nos atos de que forem partes em suprir-lhes o consentimento.

Verifica-se, então, no inciso VI o suprimento pelos pais às incapacidades absoluta e relativa dos filhos, dotando-lhes o Código Civil através da representação e assistência, da possibilidade de realização de fatos que os mesmos só alcançariam com a maioridade civil, com exceção do evento da emancipação.

Estabelecida no Inciso VII a possibilidade do uso dos meios legais como a ação de busca e apreensão para que os detentores do poder familiar possam reaver os filhos de quem ilegalmente os detenha.

Naturalmente como já admitido pela doutrina, necessário se faz que os genitores anteriormente os venham mantendo sob seus cuidados e livre de acesso a lugares propensos a causar-lhes prejuízo de qualquer ordem, para que tenham o direito de reclamá-los.

O inciso VIII é corolário da autoridade a ser exercido sobre os filhos na autoridade parental. O direito de exigir obediência e respeito estabelece a condição básica aos pais, de poderem exercer o poder familiar em condição de superioridade para que possam conduzir o processo de educação e orientação.

Este direito de exigência estará proporcionalmente legitimado pelo nível moral estabelecido pelos pais materializado pelo exemplo comportamental durante a criação dos filhos.

Acerca dos serviços próprios da idade dos menores, permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se regradados nas seguintes normas: artigos 403 e 428 do Dec. 5.452/43 (CLT); art. 7º, XXXIII da CF/88; art. 2º do Dec. 5.598/05; art. 3º do Dec. 6.481/08 e art. 60 da Lei 8.069/10 (ECA).

As exigências legais também limitam as tarefas de casa, restringindo-se a pequenas tarefas domésticas mesmo que remunerada, e contanto que não ponha em risco sua formação moral, psíquica e educacional.

Ainda acerca das atribuições dos pais registra-se na Lei 8.069/90 no art. 4º. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 879):

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Presentes estão pelo menos dois sentidos nessas disposições: uma refere-se aos pais, que enquanto família prestarão aos filhos todas as instâncias de providências necessárias à proteção e garantia de um desenvolvimento sadio e o outro, incluído em que a família estará solidariamente inserida em um contexto maior conjuntamente com o Estado e a sociedade personificada nos componentes da comunidade para a realização desses ditames à prole.

Ainda compondo o exercício poder familiar encontra-se o usufruto e administração dos bens dos filhos, como bem acertam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2011, p. 588):

Com efeito, enquanto no exercício de tal poder, ambos os pais na forma do art. 1.689, CC-02 (art. 385, CC-16):

I – são usufrutuários dos bens dos filhos;

II – tem a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Desse usufruto e administração, porém, alguns bens ficam excluídos, na forma do art. 1.693, CC/02 (art. 391, CC-16):

I – os bens adquiridos pelos filhos havidos fora do casamento, antes do reconhecimento;

II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos.

III – os bens deixados ou doados aos filhos, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

O legislador outorgou aos pais a missão de usufruir, enquanto ato de preservação dos bens dos filhos no melhor desenvolvimento desses interesses, ficando então esse direito limitado à efetivação da dita proteção e restrito inclusive alguns atos que exceda ao poder, sob pena de nulidade dos mesmos, como reza o art.1.691 do CC/02 (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 258):

Art. 1691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou por interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

I – os filhos;

II – os herdeiros;

III – o representante legal.

Verifica-se que o interesse dos filhos acerca dos seus bens é estabelecido com o crivo judicial, que objetiva a não redução desse patrimônio, haja vista a titularidade do mesmo pertencer ao protegido.

Salvo em condições justificáveis e então, autorizada judicialmente, qualquer ato de dilapidação dos bens administrados pelos pais será ilegal e passível de nulidade, entre outros procedimentos de responsabilização civil, não esquecendo que o Ministério Público também é parte legítima para requerer a intervenção.

Assim se verifica no CC/02, art. 1637:

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 (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p.255):

O uso do patrimônio ou dos bens dos filhos poderá ser justificado na efetivação de gastos em favor dos mesmos, pois muito embora tenham os pais o

dever de mantê-los, em situação excepcional de precariedade de recursos, há que se admitir essa utilização.

3.3 Extinção, Suspensão e Destituição do Poder Familiar

O poder familiar que se constitui num múnus público, pode vir a sucumbir por extinção em fato natural, de pleno direito ou por decisão judicial, sendo aqui suspenso ou destituído. Assim, verificam-se as hipóteses de extinção por morte dos genitores ou do próprio filho; o ato de emancipação; a maioridade; a adoção e a decisão judicial.

O poder familiar pode ser concentrado em um dos pais com a morte do outro podendo o Estado nomear curador para o exercício do poder familiar, no caso da morte de ambos.

Quando da morte dos pais ou dos filhos, da emancipação, da maioridade e da adoção dos filhos, e também por sentença judicial, extingue-se o objeto da proteção pessoal e patrimonial do poder familiar, fazendo desaparecer o mesmo, conforme disposto no Código Civil/ 02, art. 1635.

Conforme disposto no art. 1636, o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou mesmo estabelecer nova união estável, em relação aos filhos havidos em relacionamento anterior, não perderá o direito de exercer o poder familiar, podendo exercê-lo sem qualquer interferência do cônjuge ou companheiro atual.

Diante do mau exercício do poder familiar, hipótese em que os pais podem prejudicar os filhos tanto de forma pessoal quanto patrimonial, poderá a decisão judicial determinar a suspensão temporária do exercício do poder familiar, como já disposto.

Esta suspensão poderá ocorrer de forma parcial ou total, bem como de forma individualizada em relação a cada filho prejudicado, sendo restituído então ao exercício, tão logo expire o prazo da medida e ocorra o desaparecimento da causa.

O Código Civil/02 estabelece ainda no art.1637 a suspensão do poder familiar aos pais por desvios das atribuições a eles outorgados ou perda de requisito para o exercício do direito. Assim, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 431), comenta o dispositivo que se alude:

O dispositivo em apreço não autoriza somente a suspensão, mas igualmente, outras medidas que decorram da natureza do poder familiar.

Prevê ele a possibilidade de o juiz aplicá-las ou suspender o aludido poder, em caso de abuso de autoridade, caracterizado: a) pelo descumprimento dos deveres inerentes aos pais; b) pelo fato de arruinarem os bens dos filhos; c) por colocar em risco a segurança destes. Poderá o juiz ainda tomar tais medidas se o pai ou a mãe forem condenados em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

O art. 1638 elenca as hipóteses dos possíveis abusos (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 72):

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.

O Código de Processo Civil prevê no art. 888 o depósito de menores e incapazes através de medidas cautelares, por determinação ou autorização judicial, que tenham sido vítimas de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, quando o juiz decretará a suspensão do poder familiar provisoriamente até a decisão final.

Ainda sob os efeitos das disposições desse art. do CPC poderá o juiz em favor dos filhos, determinar a entrega de bens dos filhos, a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento ou ainda o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais.

O Código Penal tipifica no art. 244 o abandono material à conduta dos pais que deixarem sem justa causa, de proverem a subsistência ao filho menor de dezoito anos inapto para o trabalho, não lhes proporcionando os recursos necessários ou lhes faltando com pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada.

Também terá suspenso o exercício do poder familiar, os pais que deixem os filhos em abandono, entregue à malandragem ou em más companhias, podendo sofrer influência da criminalidade ou da prática de maus costumes.

De igual sorte os genitores que dilapidarem o patrimônio dos filhos, agindo ilicitamente de forma dolosa ou culposa, bem como ser praticantes de atos ilícitos e de contravenção ou reincidir em faltas já denotadas como comportamento irregular em relação a conduta esperada ao exercício do poder familiar.

A Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe no art. 157 que a suspensão do poder familiar poderá ser decretada de forma liminar ou incidentalmente em outros processos.

A criança ou adolescente será confiada à pessoa idônea e o ato da perda ou a suspensão assentada no registro de nascimento da criança ou do adolescente.

A ECA traz ainda tipificação de infração administrativa, no art. 249 à ocorrência do descumprimento doloso ou culposo dos deveres inerentes ao poder familiar, ou decorrentes de tutela ou guarda, bem como das determinações das autoridades judiciárias, aplicando-se ao infrator multa pecuniária.

A Lei 12.318/10 dispõe no art. 3º, ser a alienação parental ferida a direito fundamental da criança e do adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, contendo então, a previsão da suspensão do poder familiar por esses atos no art. 6º, VII como bem dispõe:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma, ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilização civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou a atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do fato:

I – declarar a ocorrência de alienação, parental e advertir o alienador;

[...]

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

A citada lei é uma inovação na ordem jurídica brasileira, dispondo ao juiz decidir “de ofício” acerca da instauração da apreciação de alienação parental. Estabelece um rol exemplificativo de comportamentos configuradores do fenômeno, ficando ao crivo do juízo decidir ainda por outros que assim detecte.

Medidas coercitivas são dispostas ao alienador, bem como medidas protetivas terapêuticas em relação aos partícipes desta contenda familiar, conforme o caso.

A alienação parental é fato de apreciação pelo Judiciário Brasileiro de extrema complexidade, por lidar com o aspecto psicológico familiar e parental da seara do interesse da criança e do adolescente.

Já a destituição do poder familiar é a penalidade mais gravosa, só sendo possível sua efetivação através de sentença judicial. Sua previsão encontra-se no art. 1.638, CC/02 artigos 22 e 24 da Lei 8.069 (ECA), que prevê a destituição do poder familiar pelo desvio do dever de sustento, de guarda e educação dos filhos.

Também há previsão da perda do poder familiar no Código Penal Brasileiro, art. 92, II, quando declarada a incapacidade para tal, inclusive na tutela e na

curatela, nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra a pessoa dos filhos, dos tutelados ou dos curatelados.

Para propor a referida ação de destituição tem legitimidade ativa: o outro cônjuge; um parente do menor; o próprio menor, se púbere; a pessoa a quem se confiou sua guarda e como não poderia deixar de ser, o Ministério Público.

Todas as hipóteses do art. 1638 do CC/02, ora comentado, que prevê a suspensão provisória do poder familiar enquanto ocorre o desenvolvimento do regular processo, darão azo à destituição desse poder, caso juiz se convença do cometimento dos desvios e o sancione em sentença condenatória.

Muito embora de caráter permanente, a destituição, não se pode dizer definitiva, podendo os genitores buscar a recuperação do direito perdido, interpondo recurso, tendo que demonstrar a extinção das causas que determinaram a perda, sendo esse, requisito imperativo de Lei.

Por último, é imperioso afirmar que a falta de condições materiais não determina isoladamente argumentos tanto para a suspensão quanto para a perda do poder familiar, como bem dispõe o art. 23 da ECA, podendo a família se socorrer a programas de auxílio familiar à inscrição da criança ou do adolescente.

4 RUPTURA DA RELAÇÃO AFETIVA

O casamento e todas as outras as formas de composição afetiva com o intuito de formar família produzem efeitos, que de diversas maneiras afetarão os indivíduos em suas dimensões pessoais, econômicas e principalmente sentimentais.

Os efeitos oriundos da relação familiar, tratados pelo Direito positivo como direitos e deveres, nascem não só da própria característica jurídica atribuída à relação em comento, mas também como instâncias de garantismo em relação ao elo familiar e principalmente no que concerne à pessoa dos filhos. Maria Helena Diniz (2011, p. 143), reflete:

São consequências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres, disciplinados por normas jurídicas: Efeitos sociais; efeitos pessoais e efeitos patrimoniais.

No que tange às considerações da nobre doutrinadora em referenciar os cônjuges quanto ao assunto, sabemos já restar ultrapassado a etapa quanto ao entendimento da abrangência aos companheiros, desses efeitos advindos da formação de entidade familiar sob os novos prismas constitucionais.

As consequências advindas do poder familiar estabelecido com a relação, aqui já abordado (patrimoniais e pessoais), consideram-se, dos mais importantes efeitos, haja vista que sua efetividade diz respeito diretamente aos interesses atinentes aos filhos, e que devem perdurar em situações eventuais futuras da dissolução do núcleo familiar, seja qual for a motivação.

Os direitos e deveres dos cônjuges, e, por conseguinte dos companheiros, lastreados no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, estão estabelecidos no art. 226, §5º, CF/88: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012 p. 72).

O Código Civil/02 explicita no art. 1566, I a IV, os deveres recíprocos dos consortes, reclamados pela ordem pública e o interesse social: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, assistência, respeito e consideração mútuos.

Como já dito, os direitos deveres em relação aos filhos surgem do estabelecimento do poder familiar, fenômeno da abstração do limiar afetivo

enquanto família, outrora exercido apenas pelo homem, e que a igualdade constitucional instituiu o compartilhamento também à mulher.

Esses direitos deveres dizem respeito às situações comportamentais dos pais em relação aos filhos, em que se proponham a criá-los, alimentá-los, educá-los, defendê-los e operar todas as medidas necessárias às garantias de suas realizações tanto individuais quanto como partícipes da sociedade, socorrendo-se à solidariedade do Estado se necessárias.

Assim, na substância da disposição das normas atinentes a responsabilidade de sanear essas medidas em favor da prole, inclusive com sanções e responsabilizações civis e penais quanto ao fato da não realização, compreendendo-as como um dever atribuído aos pais ou responsáveis. Contudo pode-se também serem reclamadas o seu exercício legítimo por comporem a complexão oriunda do poder familiar e nessa condição caracterizam-se as mesmas como direitos.

4.1 Direito de Convivência com os Filhos

Durante a constância do relacionamento familiar é incontestável a importância dos cuidados atribuídos aos pais em relação aos filhos, uma vez que esses originalmente se fazem dependentes daqueles e que o seu desenvolvimento e futura consolidação como pessoas também depende dos mesmos.

Essas disposições são encontradas na Carta Magna de 88, artigos. 227 e 229, no CC/ 02, art. 1566, IV, e na Lei 8.069/90, artigos. 19 e 22, todos referenciando o direito dever dos pais em torno da criação, sustento, assistência, educação e guarda dos filhos.

A Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Rosana Barbosa Cipriano Simão (PAULINO NETO, 2009, p. 14), assevera quanto à finalidade do poder familiar em estabelecer a possibilidade do exercício social da família, assim com o a propriedade como direito real e a confiança nos contratos, institutos realçados o cumprimento pelo princípio da boa-fé, dando azo aos princípios constitucionais.

A família segundo a doutrinadora engloba-se na mesma esteira de cumprimentos, onde o amor e afetividade são os seus centros motivacionais de realização da dignidade da pessoa humana, e princípio maior. É nessa instância que

se realiza a mais importante finalidade do Direito de Família, as pessoas, merecendo a já estabelecida proteção estatal.

No mesmo raciocínio seguem os ilustres doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 86), reconhecendo haver uma função social contida na família oriundo dos mandamentos constitucionais:

Nessa nova arquitetura jurídica, dúvida inexistente que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma função, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente não pode ser diferente com o Direito de Família. A aplicação da norma familiarista tem que estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos. E o que se pode chamar de *função social da família*.

O exercício do poder familiar é tido como direito dever em relação aos filhos haja vista que para efetivar as atribuições constitucionais e normativas dispostas necessitam serem empossados em circunstâncias de prerrogativas e responsabilidades inerentes ao exercício da administração familiar.

Esses ditames são instituídos para estabelecer aos pais ou responsáveis pelos menores a conscientização da necessidade de cuidados, orientação, representação e assistência, condições para a garantia de suas realizações e preservação dos seus patrimônios.

Assim, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 880).

As atribuições são estabelecidas ao pai e à mãe simultaneamente, cabendo exercê-las de maneira harmônica e compartilhada enquanto perduram as relações de núcleo familiar e nenhum deles, por algum motivo, venha a ser destituído do poder familiar, como se vê na lição de Carlos Alberto Gonçalves (2011, p. 413):

O sustento e a educação dos filhos constituem deveres de ambos os cônjuges. A guarda é ao mesmo tempo, dever e direito dos pais. A infração ao dever em epígrafe sujeita o infrator a perda do poder familiar e constitui fundamento para a ação de alimentos.

[...]

O dever de sustento e de prover a subsistência material dos filhos compreende o fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência: o de fornecer educação abrange a instrução básica e complementar na conformidade das condições sociais e econômicas dos pais; e o de guarda

obriga à assistência material, moral e espiritual, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais.

O casal tendo separado, quer seja pelo divórcio ou por mera separação de corpos, considerando assim desfeita a família, há que se considerar inalterada as circunstâncias parentais e o poder familiar em relação aos filhos.

Após a separação o exercício do poder familiar poderá ser exercido conjuntamente, assim se adote a guarda compartilhada, ou individualmente se adotada a guarda unilateral, porém os direitos e obrigações nele contido, continuarão inalterados, ressalvando-se situações de extinção, perda e destituição.

Na lição doutrinária de Maria Helena Diniz (2011, p. 165):

A separação judicial, consensual ou litigiosa, e o divórcio em nada alteram os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Existem as figuras de ex-maridos, e de ex-mulher, mas as de ex-pai e ex-mãe jamais existirão (CC art. 1579). Por isso para a manutenção dos filhos cada ex-conjuge contribuirá na proporção dos seus recursos (CC art. 1703).

O consenso prevalecendo, como esclarecido nos artigos. 1583 e 1.584 do CC/02, pai e mãe, conforme seus recursos poderão estabelecer a melhor forma de exercitar o poder familiar em relação aos filhos, provendo-lhes a educação, o afeto, o sustento e proteção através do convívio em observância ao melhor interesse da criança e do adolescente.

A não existência de acordo entre os consortes e uma vez recorrendo ao Judiciário para ajuste quanto aos direitos e deveres acerca dos filhos, aquele Poder estabelecerá regras por vezes, em desequilíbrio de concessões.

A cultura das decisões judiciais tem evidenciado o já conhecido conservadorismo em tender a outorga da guarda dos filhos à mulher. Confirmações como essas se verificam nos resultados do Censo do IBGE 2010 no Distrito Federal, analisados pelo SERAF (Serviço de Assessoramento às Varas Cíveis e de Família), órgão da Secretaria Psicossocial Judiciária do Tribunal de Justiça do DF. Assim, dispõem a Psicóloga Luciana de Paula Barbosa e a Assistente Social Beatriz Chaves Ros de Castro, (2013, p. 201-202):

Dados do IBGE trazem percentuais aqui encontrados no que se refere à definição de guarda dos filhos para processos de separação judicial e divórcio em 2010, no DF. Segundo esses dados, nos processos de divórcio, em 2010, a guarda dos filhos ficou com a genitora em 88,06%, com o genitor em 5,61%, e foi compartilhada em 5,26%, já nos processos de separação judicial, a genitora teve a guarda dos filhos em 87,40%, o genitor em 4,44% e houve compartilhamento em 7,28. Evidencia-se, portanto que ainda prevalece na cultura brasileira a tendência de se legitimar a mãe

como referência principal de cuidados dos filhos, independente do tipo de separação e divórcio (consensual ou não).

O Juiz deverá buscar estabelecer adequação quanto à efetivação do poder familiar de ambos os pais no que concerne ao melhor atendimento aos direitos dos filhos. Assim, confirma-se em lição doutrinária de Carlos Alberto Gonçalves (2011, pg. 293):

Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores. Em questões de família a autoridade judiciária é investida dos mais amplos poderes. Por isso o art. 1586 do Código Civil permite que, a bem deles, o juiz decida diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de motivos graves. A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada.

O Código Civil estabelece no art. 1583, § 2º e 3º que a guarda dos filhos menores ficará com o genitor que apresentar as melhores condições para exercê-la, ficando ao outro o direito de visita e fiscalização.

Em situações de comprovado prejuízo à integridade física ou psíquica do filho. Dispõe a Lei 12.318/10 acerca do assunto (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 1453):

Art. 4º, Parágrafo Único. Assegurar-se-á à criança e ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para o acompanhamento das visitas.

Vale lembrar que a violação das obrigações estabelecidas pelas normas, principalmente em relação aos filhos menores, pode ocasionar aos pais a suspensão e até a destituição do poder familiar, como estudado em capítulo anterior, com previsões no CC/02 artigos 1637 e 1638, Lei, 12.318, art. 6º, VII e Lei 8.069, art. 129,

Importante se verifica a preservação do direito de contato da criança e do adolescente com ambos os pais, efetivando-se a ambiência familiar necessária ao desenvolvimento sadio desses. Aos pais, cabe então a contribuição individual dentro da forma de convívio fixado judicialmente.

O juiz deverá então, estabelecer a forma de convívio e contato de pais e filhos através da instituição do exercício da guarda dos filhos menores e dos incapazes, podendo variá-la conforme o comportamento dos pais, buscando atender o melhor interesse daqueles.

4.2 Guarda Unilateral

Consiste na mais comum das espécies estabelecidas pelo Judiciário Brasileiro nos casos das separações conjugais. Um dos genitores ou alguém que o substitua detém exclusivamente a guarda dos filhos (CC, art. 1583, § 1º), enquanto que o outro exercita a visitação e a fiscalização.

Notório é o entendimento de que as crianças morem com o detentor da guarda, podendo a visita ser efetuada neste mesmo local ou em lugar pré-estabelecido.

Essa forma de convivência pode advir de mais de uma situação, podendo ser admitida inicialmente por ter o guardião apresentado melhor condição de exercê-la como estabelece o CC/02, art. 1583, § 2º (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 252):

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições de exercê-la, e objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

O entendimento dos incisos da norma afasta qualquer conotação de valoração da condição econômica de um genitor, como fator de sobrepujança em relação ao outro para a determinação da guarda.

O que a lei busca garantir é o afeto familiar, a saúde, a segurança e a educação, como condições satisfatórias para o desenvolvimento dos filhos após a separação do casal.

Também, não mais se cogita acerca da culpa na separação ou divórcio para se fixar a guarda dos filhos esse entendimento ocorreu com o advento da Carta Magna de 88, e pelos seus princípios deve-se buscar a preservação da dignidade criança e do adolescente. Assim, dispõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 596):

Vale dizer, se não há razão fundada no resguardo do interesse existencial da criança ou do adolescente, o cônjuge que apresentar melhores condições morais e psicológicas poderá deter sua guarda, independentemente da aferição da culpa no fim da relação conjugal.

A guarda unilateral pode ainda ser instituída pelo acordo estabelecido entre os genitores, se entendendo assim, ser melhor para os interesses dos filhos. Pode-se pleitear em ação autônoma, ou incidentalmente quando qualquer dos cônjuges pode requerê-la nas ações de divórcio, separação ou mesmo na ação de alimentos em dissoluções da união estável, ou ainda concedida em ação cautelar.

Essas previsões encontram-se tanto no CC/02 (art. 1584, I), como na Lei 12.318 (art. 6º, V), nesse último caso, visando prevenir o fenômeno da alienação parental, nessa situação a guarda unilateral é compreendida como um retrocesso de forma anterior mais aberta. Assim reza a norma (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 1454):

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a atenuar ou inibir seus efeitos, segundo a gravidade do caso.

[...]

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

Ainda, se admite a guarda unilateral por situações naturais como a incapacidade por doença mental de um dos cônjuges ou por morte, quando restará o exercício da guarda ao genitor sobrevivente ou uma terceira pessoa idônea por determinação judicial.

O juiz determinará ainda esse tipo de guarda para atender necessidades específicas do filho ou para adequação da disponibilidade do tempo dos pais, visando garantir o convívio dos filhos com ambos, (CC/02, art. 1584, § 1º).

Mesmo ressaltando situações como a determinação judicial por violação do poder familiar, a falta do outro genitor, e a prática consensual ou por determinação judicial em adequação ao tempo ou situação específica do filho, a guarda unilateral é motivo de crítica e insatisfação por parte da doutrina.

A convivência e a afetividade com um dos genitores consideram-se usurpadas, prejudicando direito primordial na formação e desenvolvimento dos filhos. Ao assunto, refletem Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro (2011, p. 86).

A guarda exclusiva unilateral ou invariável é preconceituosa e não atende as necessidades da criança ou adolescente, visto que não se deve desprezar a presença constante do pai ou da mãe em plena formação dos

filhos. O modelo de guarda exclusiva cedeu lugar a outros modos de exercício pleno da autoridade familiar.

Nessa esteira concorda a Vice Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos de Família e Desembargadora do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias (PEREIRA NETO, 2008, pg. 11), considerando ser a guarda em comento uma forma de imposição a que a afetividade seja realizada em pequenas doses.

Como bem pensa a nobre doutrinadora, muito antes de aproximar, a guarda unilateral só empalidece as relações afetivas entre pais e filhos pela falta de convivência e participação ativa nas vidas mútuas. E, como uma vida que se esvai, a tendência não tão inesperada é a diminuição gradativa do interesse de ambos.

Por fim, verifica-se restar para todos um grande fardo que nada contribuiu para manter acesa a chama do amor e da relação parental. Para o pai a herança materializada na obrigação e para os filhos, por vezes sofrimento e indiferença ante a pessoa do genitor.

Há que se considerar ainda que a convivência com ambos os genitores é inegavelmente uma das medidas mais eficazes para a contenção de possíveis traumas oriundos da ruptura conjugal, que se vista como inevitável, ainda assim, que se busque evitar efeitos danosos aos filhos.

4.3 Guarda Alternada

Nessa modalidade de guarda, os filhos, num determinado momento permanecem com um genitor e no seguinte com o outro, compartilhando a presença física com aqueles sem, no entanto haver compartilhamento de decisões acerca das circunstâncias da vida dos filhos no que pertine à saúde, à educação e proteção, dentre outras.

Na prática, ocorre a efetivação do revezamento de períodos de convivência entre os genitores. Durante cada período, o genitor que tem a guarda, tem também a exclusividade de orientação e decisão acerca dos interesses dos filhos, cabendo ao outro o direito de visitas, tudo por determinação judicial.

Essa modalidade de guarda, também admitida na doutrina sua prática como espécie da guarda unilateral, detém severas críticas por não pressupor a colaboração entre os cônjuges e o revezamento do exercício do poder familiar em

relação aos filhos durante os períodos de convivência. Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro dispõem: (2011, p. 89):

A guarda alternada como espécie de guarda unilateral, ou **guarda unilateral alternada**, confirma, sem dúvida, as críticas levantadas, bem como tantas outras. Afinal esta modalidade consiste na alternância e não pressupõe cooperação entre os genitores nas questões relativas aos filhos. Cada um decide sozinho durante o período de guarda que lhe cabe, inclusive a guarda física da criança, que, de tempos em tempos, muda de residência.

As críticas são de ordens diversas, principalmente quanto à efetivação do melhor interesse da criança e por ser uma pessoa em desenvolvimento que necessita de orientação para a consolidação de hábitos adequados e sadios para suas vidas. Sobre o assunto, assevera Maria Helena Diniz (2011, p. 307):

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

Muito embora cada vez menos, o Judiciário por vezes estabelece a guarda alternada, principalmente buscando ampliar a convivência com os filhos em favor de algum dos genitores que venha a se sentir prejudicado nesse sentido, porém resta ao modelo de guarda em comento a deficiência da falta de incentivo ao consenso decisório no que tange aos direitos e deveres em relação á prole.

4.4 Guarda Compartilhada

Essa forma de guarda é corolário do princípio da Igualdade, insculpido na Carta Magna de 88, estabelecendo então, ser do homem e da mulher enquanto familiares da criança e do adolescente, o dever de propiciar aos mesmos o convívio familiar e comunitário, conforme determina o art. 227, Caput. Ditame repetido no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º.

Nesse diapasão dispõe o novo Código Civil, art. 1583, § 1º Cúria; Céspedes; Nicoletti, (2012, p. 252): “Compreende-se [...] 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”.

É a modalidade de convivência dos pais separados com seus filhos mais recomendada pela doutrina brasileira juntamente pela proposta de cooperação entre

os genitores ante à efetivação dos interesses daqueles. Com o advento da Lei 11.698/ 08, que modificou os artigos 1583 e 1584 do CC/02, reforçou-se ainda mais esse entendimento.

A guarda compartilhada no entendimento de Carlos Alberto Gonçalves (2011 p. 295):

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 em suas rotinas quotidianas 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.

Importante se faz a observação de que esta guarda não se confunde com a guarda alternada, que estabelece revezamento de períodos em que os pais terão a presença física dos filhos e exclusividade da guarda sem a interação com o outro, que ficará praticando as visitas até obter o seu período de guarda.

Na forma compartilhada a guarda será de ambos, que decidirão conjuntamente os interesses dos filhos. Esses terão uma residência como referência podendo conviver também com o outro genitor.

A respeito da opção por essa modalidade de guarda, assim como em todas as outras, ainda que impostas, na prática a prioridade deve girar em torno dos interesses dos filhos.

Assim, a guarda compartilhada não deve ser uma conquista egoística em que os pais lutem em realizá-la apenas por eles mesmos, só para que a prole fique indo de um lado para o outro, sem haver o verdadeiro interesse na afetividade da convivência com os mesmos.

Para que haja efetivamente a referida modalidade de guarda é necessário o amadurecimento pessoal dos genitores para administrarem o convívio com os filhos, relacionando-se pacífica e construtivamente, intencionando a proposição de decisões que efetivem o desenvolvimento da pessoa dos filhos em ambiente sadio.

O Poder judiciário, por sua vez, amparado nos pareceres dos técnicos que são chamados a dispor acerca da situação, necessita legitimar a visão desses profissionais acerca das circunstâncias que envolvem essas escolhas.

A experiência profissional dos Psicólogos e Assistentes Sociais dentre outros profissionais, pode reforçar, se necessária, mudança de paradigma na outorga da guarda, se essa se revelar como realizadora dos interesses dos filhos. Assim, por

vezes não vem acontecendo, desprezando o Judiciário, aparato especial na decisão da futura vida da prole e sua convivência saudável com os genitores.

Esses fatos são relatados na lição de Luciana de Paula Barbosa e Beatriz Chaves Ros de Castro, (2013, p. 203):

Das nove vezes em que o parecer psicossocial do SERAF SUGERIU guarda compartilhada a decisão judicial não foi nesse sentido. A resistência de ambos ou um dos genitores por essa configuração, ou o fato de nenhum deles mencionar essa proposta após o estudo em petição ou audiência foram as razões para tal dissonância.

A feição constitucional e civilista brasileira de proteção da família conforma a convivência familiar como um dos pontos mais importantes para a formação física, psicológica e mental da criança e do adolescente. A guarda compartilhada torna-se então, segundo a doutrina e as normas, prioridade, mesmo não havendo acordo entre os pais.

Nesse passo é de se verificar a feição doutrinária acerca do § 2º do art. 1584 do CC/ 02, quando se dispõe que não havendo acordo entre os pais acerca da guarda dos filhos, será aplicada, sempre que possível a guarda compartilhada. Acerca do assunto Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho acertam (2011, p. 600):

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente conseguirá o juiz “impor” o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos.

Os doutrinadores ressaltam, que na excepcionalidade de algumas situações da falta de acordo, verificando o juiz elevado grau de maturidade, suficiente para que os genitores se respeitem, ai sim, se justificaria a imposição da medida.

Por fim, vale ressaltar que a guarda compartilhada apresenta-se como medida de evolução, negando os sintomas separatistas contidos na guarda unilateral e guarda alternada, que não permitem a restauração do sentimento familiar, quase sempre rompido bruscamente quando das separações, podendo arrefecer os traumas da prole e evitar males futuros como a ocorrência da alienação parental.

Muito embora de forma diferenciada e por consequência uma forma de guarda mais aceita que as demais pelos operadores do Direito, há que se afirmar a obrigação da efetividade dos direitos e deveres contidos no poder familiar, em

relação à criança e ao adolescente qualquer que seja a forma adotada ou determinada judicialmente, pois essa é a tônica constitucional.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é um dos fenômenos da relação familiar mais debatido hodiernamente na seara do Direito de Família.

A sua ocorrência corriqueiramente vem se dando na esfera dos divórcios e das separações, não deixando de ocorrer também, em alguns casos nas relações de parentesco, sem necessariamente envolver rupturas afetivas.

O fato em estudo é comprovadamente uma agressão aos direitos de convivência e, por conseguinte, à afetividade da criança e do adolescente para com os pais, pois busca o agente com atitudes incorretas e contínuas afastar a criança ou adolescente de um dos genitores.

Muito embora se verifique que a sua ocorrência já se fazia notada de algum tempo, culturalmente pouco se buscava a inferência e jurisdição desse comportamento, quer seja por falta de legislação específica, quer pela complexidade do assunto e que tornavam as decisões muito demoradas.

Ocorre que a nova feição constitucional outorgada à família pela Carta Magna de 88, veio inaugurar uma nova ordem social no que tange às relações ocorridas naqueles núcleos.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e inarredável que sustenta as relações entre as pessoas sob o novo manto constitucional, ornamentou a família em proteção, solidariedade e igualdade entre seus membros, além da função social na realização desses, sob os aspectos físico, mental, psicológico e espiritual.

Imprescindível tornou-se então, a efetivação do arcabouço protetivo da Constituição, haja vista o despertar da consciência social para a nova feição familiar. A Lei 12.318/10 é um instrumento normativo inovador que veio dotar o Poder Judiciário de aparato específico para o combate à alienação parental, podendo assim oferecer jurisdição mais célere, com decisões mais adequadas e seguras quanto aos seus resultados.

Não há que se olvidar da necessidade de extrema habilidade quanto às questões que envolvem interesses da criança e do adolescente, buscando-se na manipulação, evitar ou se possível amenizar prejuízos de qualquer ordem aos mesmos.

5.1 Conceito e Particularidades

A alienação parental consiste em comportamentos deliberados, e algumas vezes até inconsciente, em atitudes de ataque e desmerecimento quanto pessoa de um dos genitores, seus valores amigos e família; geralmente efetuados pelo outro cônjuge ou responsável, intencionando impregnar os filhos para que odeie e se afaste daquele.

Assim, é o que se infere da definição de Richard Gardner, psicólogo infantil e professor da Universidade de Columbia EUA, que conceituou o fenômeno da alienação parental a partir dos estudos de suas sequelas. Sobre o tema colocam Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011. p. 48):

A síndrome da alienação parental é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua primeira manifestação se verifica numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) juntamente com a contribuição da própria criança para envilecer a figura parental que está na mira desse processo.

Aqui, cabe ressaltar que o fenômeno em estudo, não se confunde com as suas sequelas, pois a alienação parental é a ação nefasta de genitor, como também alguma outra pessoa que esteja exercendo a guarda da criança ou do adolescente e que promova a campanha de desvalorização, enquanto que a síndrome são as alterações comportamentais, resultantes dessa atitude.

Sobre o assunto, bem dispõe a doutora Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca (2009, p. 04):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

As características gerais da alienação parental são evidentes e marcantes, conquanto demarcadas no estudo do Dr. Richard Gardner: Geralmente acontecem nas disputas de guarda durante as separações; na maioria das vezes é

desencadeada pelo genitor que possui a guarda dos filhos; fere direito fundamental de convivência da criança e do adolescente com o outro genitor.

Como característica verifica-se ainda a dissimulação de comportamento de proteção à criança e ao adolescente vítima, muito embora possa amá-lo; conotação de desprezo quanto ao sentimento do genitor alienado para com os filhos e ainda tentativa de estabelecer-se como única instância de relacionamento restante a aqueles.

Através de campanhas singulares é realizada a constante desqualificação da pessoa do genitor alienado, de seus familiares e amigos buscando implantar na consciência da criança a ideia de que tudo que pertença ou que se relaciona com o outro genitor não presta ou é mau.

Comporta a atitude deliberada de descumprimento das determinações judiciais em relação aos direitos de convivência dos filhos com o genitor alienado, com interrupções constantes do contato entre ambos se pondo como o centro das atenções da prole.

Também se verifica que tal comportamento resulta quase sempre de sentimento de vingança em busca de compensação por possível traição e abandono e apresenta grande complexidade e dificuldade de detecção e terapia.

A síntese da caracterização do fenômeno verifica-se na lição do Dr. Evandro Luis Silva (PAULINO NETO, 2008, p. 27):

O egocentrismo fazendo com que os filhos girem ao redor do guardião, sendo ele o centro das atenções, associando à megalomania que o faz acreditar que só ele é capaz de cuidar dos filhos, de que esses não sobrevivem sem ele, também se revela com toda a sua força diante de uma separação conflituosa, e estes comportamentos aparecem de modo a justificar e reificar para o guardião alienador todo o seu comportamento. O alienador passa em alguns momentos por uma dissociação da realidade e acredita naquilo que criou sozinho. E o pior, faz com que os filhos também acreditem, sintam e sofram com algo que não existiu, exprimindo emoções falsas.

Notoriamente a alienação parental surge nas contendas das separações, muito embora se verifique também a ocorrência ainda na constância do núcleo familiar, realizada tanto por cônjuge quanto por parentes.

A maior incidência desse ato atribui-se geralmente à mulher, por ser na maioria dos desenlaces a contemplada com a guarda dos filhos, fato que se verifica como intensificador da ocorrência do fenômeno em tela.

Já de muito tempo, vem se notando mudanças drásticas no antigo modelo, quando então a dinâmica familiar tem se transformado radicalmente. O homem que fora educado para as tarefas atinentes ao chefe da família e responsável pelo sustento, tem assumido comportamento mais participativo nas tarefas do lar.

A figura masculina modifica-se num tom de compartilhamento dessas atividades, notadamente naquelas tarefas referentes aos filhos e que se fazia mediante exclusividade da atuação feminina.

A mulher também se modificou e buscou sair para disputar o mercado de trabalho, como forma de ajudar na manutenção da família, inovando assim, ambos, nas características que lhes resguardava o antigo modelo.

As relações de afeto e formação das famílias já passaram por momentos de maior estabilidade, quando, talvez em virtude da nova dinâmica adotada, associadas às influências sociais que sofreram, como econômicas, políticas, tecnológicas, entre outras, tenha promovido mudanças nos valores e na cultura da instituição familiar, alterando assim a sua solidez.

A realidade é que as separações de casais são muito mais frequentes na atualidade, resultando quase sempre em litígios, tanto de natureza patrimonial quanto afetiva, alterando sobremaneira o exercício da relação parental e do poder familiar.

Alguns dados podem comprovar essa tendência, na lição da terapeuta familiar Roberta Palermo (2012, p. 12):

De acordo com as estatísticas do Registro Civil, divulgados em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 87,3% dos casos são elas que detêm a guarda dos filhos em casos de separação. Nesse contexto, ainda segundo o IBGE cerca de 1/3 dos filhos perde contato com os pais, sendo privado do afeto e do convívio com o genitor ausente. O Censo de 2010 divulgado pelo IBGE mostra que nos últimos dez anos a proporção de pessoas divorciadas no Brasil cresceu, passando de 1,8% em 2000 para 3,1% em 2010. O número de indivíduos separados – a chamada dissolução de união conjugal – também subiu de 11,9% para 14,6%.

Marcante tem sido no comportamento dos homens diante de separações, quanto ao não contentamento com o estabelecimento da figura de visitante, comumente outorgado pelo Judiciário.

Uma nova postura se estabelece na família, quando se verifica que o pai busca maior convivência com os filhos, o que, por vezes, não vem agradando às ex-consortes. A situação tem desaguado em novos conflitos judiciais.

A Doutora em Psicologia Sandra Maria Baccara Araújo assevera quanto à evolução da estrutura familiar (2010, p. 05):

O lugar materno na minha percepção foi um dos papéis mais afetados neste processo. Na medida em que a mulher passou a ocupar um lugar profissional de maior destaque, o que fez com que ela estivesse mais tempo fora de casa e conseqüentemente distante do universo materno possibilitou que o homem começasse a ocupar um lugar maior neste universo. Se por um lado ocupar este lugar é uma cobrança do universo feminino, por outro também pode representar um risco de perder o espaço que culturalmente sempre foi reservado à mulher. Desta forma surge um conflito muito grande: o mundo externo é atraente e incita a ser explorado, o mundo interno, o conhecido, é seguro e dividi-lo causa temor: o lugar materno hoje, muitas vezes, é mantido à custa da desqualificação do lugar paterno.

Verdadeira guerra é estabelecida por disputa de espaço no convívio com os filhos, por muitas vezes temperado pela Alienação Parental, quando o genitor que tem a guarda dos filhos exerce campanha de desqualificação do outro genitor junto aos rebentos, buscando atrapalhar o contato desses e afastá-los.

A Alienação Parental apresenta-se então, como um descumprimento das obrigações inerentes ao poder familiar e ferindo o respeito à dignidade e melhor interesse das crianças e adolescentes, originando-se quase sempre das rupturas de relações mal estabelecidas ou mal resolvidas.

Notadamente que nem toda separação, ainda que de forma litigiosa e mesmo com a ocorrência de filhos, apresenta impregnação de Alienação Parental, quando então, o consenso perdura nas relações e os acordos acabam por regular as relações de convivência dos genitores e filhos.

A regra tem mostrado que a Alienação Parental vem ocorrendo como ato de vingança provocado, quase sempre pelo sentimento de abandono e ódio antecedido de traição ou outras circunstâncias como fatores geradores das separações.

A rigor, o genitor alienante desconsidera a necessidade da continuidade do vínculo afetivo dos filhos com o outro genitor, decretando sua “morte” e tentando perpetuar relação monoparental com os mesmos.

Sobre o assunto, dispõe a mestre Ionete de Magalhães Souza. (2013, p. 6):

Observa-se por parte do pai e da mãe imbuído pelo sentimento de vingança e que tenta desacreditar, desfazer a boa imagem do ex-parceiro conjugal em relação ao filho, um abuso no exercício de seu direito de educar e criar seus rebentos lesionando o direito ao exercício da autoridade parental do seu ex e privando o menor da convivência com ele.

Certa a observação de parte da doutrina acerca da alienação parental ocorrer também de fator intrínseco do caráter do alienador, que descansa no seu ser, sendo acionado em determinadas ocasiões. Assim ensina o Doutor em Psicologia Evandro Luiz Silva (PAULINO NETO, 2008, p. 27):

Apesar de muitos autores entenderem que o comportamento alienante, descontrolado e sem nenhuma proporção com os fatos da realidade nasce com a separação do casal, entendemos que são comportamentos que remetem a uma estrutura psíquica já constituída, manifestando-se de forma patológica quando algo sai do seu controle. São pais instáveis, controladores, ansiosos, agressivos, com traços paranoicos, ou, em muitos casos, de uma estrutura perversa. Referidos sintomas podem ficar parcialmente controlados, durante parte da vida, ou no caso, do casamento, mas em muitos eclode com toda sua negatividade e agressividade ante a separação litigiosa. A perversão pode ser dissimulada em pequenas atuações, que também passa despercebido durante o casamento. Mas de fato, estavam lá, não é a separação que os instaura, ela apenas os revela.

Acerca da exploração do tema, verifica-se não haver unanimidade entre os autores na denominação dos agentes do cenário da alienação parental. Alguns tratam o agente ativo como “genitor alienante”, o passivo como “vítima”, denominando os menores como “alienados”.

Outros autores tratam o genitor ativo como “genitor alienador”, o outro, “genitor alienado” e a criança ou adolescente como vítima da alienação, e desta forma também a lei 12.318/10 estabelece em relação aos genitores, porém tratando os menores apenas como criança e adolescente.

Pertinência se verifica quanto à criança e o adolescente serem tratados como alienados, haja vista que são esses que tem as percepções e sentimentos alterados, alienados pelas atitudes combinadas do alienador.

Em outra análise, infere-se que este é o polo de maior prejuízo aos direitos próprios, na ocorrência do fenômeno, sendo assim, também razoável o tratamento de “vítima” a esses, com o intuito de toda manobra judicial ser exercitada com mais ênfase à reversão ou prevenção do fenômeno, razão pela qual, filia-se esta pesquisa à segunda corrente para fins didáticos e de estruturação.

A alienação parental pode ser desencadeada através de ações praticadas pelo genitor alienante, tanto se aproveitando da situação de detentor da guarda dos filhos após a separação, ou mesmo durante a relação conjugal. As formas mais comuns de detecção encontram-se exemplificadas no rol da Lei 12.318/10. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 1453):

I realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou da maternidade;
II dificultar o exercício da autoridade parental;
III dificultar contato da 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.

Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou da maternidade: Através de comentários sobre o genitor alienado, atacam-se seus valores, seus familiares e amigos, criticam-se suas qualidades e competências profissionais, bem como sua situação financeira, desvalorizam-se os presentes e materiais comprados para os filhos.

Desvalorizam-se ainda a residência, os pertences e os programas articulados pelo genitor alienado para o período de convívio com os filhos;

Dificultar o exercício da autoridade parental: Nesses casos, toda e qualquer observação feita acerca de mau comportamento da criança, deixam-se de acatar, orientam-se a criança para não respeitar namorada (o) e nova (o) consorte do outro genitor, criticam-se a orientação dada à criança pelo outro genitor.

Dificultar contato da criança ou adolescente com genitor: Deixa-se de comunicar telefonemas do genitor aos filhos, fingindo-se ter esquecido, inclusive omitindo-se recados deixados para os filhos, a comunicação com o outro genitor; é proibida.

Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar: Programações são organizadas, geralmente com atividades mais atrativas para os filhos, exatamente no dia da visita do genitor, alegam-se doença da criança no dia da visita, contando com a colaboração da mesma que se vê coagida.

Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço: Omitem-se notícias pessoais dos filhos, como desempenho escolar, notas, atividades, situação de saúde, consultas médicas, não permitindo a participação do outro genitor na vida escolar dos filhos e compartilhamento da situação de saúde, principalmente nas enfermidades, forjando-se desinteresse daquele pelos filhos.

Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente: Situações inexistentes são forjadas, massificando comportamentos não ocorridos, mas sendo repetidos reiteradas vezes tornando as crianças confusas acerca da verdade.

A denúncia de abuso sexual é uma das acusações frequentes, e por vezes, buscando preservar a criança e o adolescente de suposta situação de abuso o juiz afasta o filho do convívio com o acusado, determinando a perícia, esse processo geralmente irá demorar.

Haverá prejuízo ao outro genitor na sua convivência com a prole até que se tenha solidez da real situação, dando a sensação de vitória intencionada pelo genitor alienante.

Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós: Não raras vezes, por não conseguir o nível de afastamento desejado com os outros comportamentos alienantes, o alienador resolve mudar de domicílio levando a prole sem deixar informações, sequestrando-os de todas as relações com o outro genitor, relativas à antiga morada e ainda ao colégio.

A Lei 12.318/10 expõe as possíveis formas e características de alienação parental em rol exemplificativo, podendo o juiz “de ofício” determinar outros comportamentos que entenda serem alienantes, e assim, aplicando a norma.

5.2 Sequelas da Alienação Parental

Conforme disposição normativa da Lei da Alienação Parental: “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, os 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 a manutenção de vínculo com este”. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 1453).

Da informação normativa infere-se o mal que se busca inibir. A conduta possui circunstância de alteração psicológica, modificando a percepção da realidade, podendo provocar sérios danos a todos os envolvidos, mesmo que

desencadeado de forma inconsciente. Assim, afirma a Desembargadora Maria Berenice Dias (PAULINO NETO, 2008, p. 12):

A ideia do genitor alienador é afastar totalmente, filhos e genitor alienado que se amam, provocando confusão sentimental e deterioração do vínculo parental. A solidão provocada fará com que a criança alienada acabe em não mais poder distinguir os sentimentos do alienador e os seus, em relação ao alienado, aceitando todas as deturpações morais como verdadeiras.

Quando da ocorrência da Alienação Parental e a depender do estágio de sua severidade que pode variar em leve, moderado e grave, pode ser desencadeado um quadro sintomático denominado Síndrome da Alienação Parental.

No quadro leve a criança ou adolescente apresenta constrangimento ante a presença de ambos os genitores, só sentindo-se a vontade na presença apenas de um deles. É o começo do conflito de lealdade instalado por efeito da campanha de desqualificação feita pelo alienador à pessoa do genitor alienado.

No estágio moderado a vítima já pode sentir-se em situação de aflição e de Indecisão; em certos momentos já demonstra certo desapego ao genitor não guardião.

No estágio grave a perturbação psicológica da criança ou adolescente é visível, tendo esses o comportamento, totalmente alterados pela Síndrome da Alienação Parental. No ensino da Psicóloga Roberta Palermo (2012, p. 27):

Quando a SAP atinge o estágio grave, é hora de se preocupar. A criança apresenta-se doente, perturbada a ponto de compartilhar todos os sentimentos do guardião, não só ouvindo as agressividades dirigidas ao não guardião, como contribuindo com o processo de desmoralização do genitor.

Os sintomas há de impregnar todos os envolvidos de forma particular, podendo apresentar-se no comportamento em momentos traumáticos da vida como são os momentos da perda de entes queridos. A criança ou adolescente pode apresentar sintomas idênticos aos das doenças psicossomáticas: mostrar-se ansiosa, deprimida, nervosa e principalmente agressiva.

Ainda podem apresentar transtorno de identidade, comportamento hostil, desorganização mental, chegando até a cometer suicídio. O uso de drogas e álcool também é do rol susceptível de acontecer em resposta a essa agressão psicológica.

O genitor alienante apresenta-se comportamentalmente de acordo com o a fase da alienação que pratica. À medida que se envolve, suas atitudes vão se tornando cada vez mais equivocadas, intencionando o que faz por vezes e por

outras, mal tendo consciência do que faz. Age em muitas situações com atitudes de sociopatia, não reconhecendo os filhos como pessoas, tratando-os como instrumentos do seu desejo.

A falta de valores morais é quase sempre denotada, mentindo como se contasse a verdade para alcançar os seus objetivos a qualquer custo. Varia de momentos felizes, quando se sente vitorioso em agredir ou conseguir a lealdade dos filhos na disputa com o rival, para momentos de depressão e tristeza ao imaginar a prole em momento feliz com o outro genitor.

Em sua síntese comportamental verifica-se a tentativa de simbiose de sentimentos com os filhos, proteção exagerada tentando estabelecer ser a única pessoa em que o filho deve confiar; impulsividade, hostilidade e agressividade, principalmente atinentes às coisas que dizem respeito ao outro genitor, sendo capaz de apresentar falsas denúncias ao perceber que outras medidas não foram eficazes.

Já o genitor alienado não possui padrão de comportamento hostil, entretanto pode vir a perder o controle como consequência do sofrimento e da dor causada pela campanha de desqualificação e do afastamento dos filhos, causando-lhe frustração compreensível.

A depressão e a ansiedade são as sequelas mais apresentadas pelo genitor alienado que pelo afastamento e perda de contato com os filhos, tende ao desânimo. Também as despesas decorrentes do gasto com o processo são motivos impactantes, pois as perdas patrimoniais nesses momentos são acentuadas, gastos realizados na esperança de continuar mantendo o convívio com os filhos.

Alguns desses gastos podem ser provenientes até da defesa de acusação falsa por abuso sexual, na tentativa de se manter livre. O tratamento biopsicossocial como ferramenta do Judiciário poderá auxiliar nesse quadro principalmente em modificar a tendência do cônjuge alienado que, diante de tanta dificuldade, por vezes, desiste de tudo.

Muito embora a atitude e a finalidade da alienação parental sejam quase sempre deliberadamente conscientes e dolosas, as consequências contidas na Síndrome da Alienação Parental, na maioria das vezes, não são.

Nesses casos, aponta-se comumente como agente motivador, o alto nível de envolvimento psicológico contido na obsessão pela busca da realização de revide, principalmente se a separação deu-se em ocorrência de traição. O comportamento

alienante em estudo provoca controvérsias, como assevera a Dra. Sandra Maria Baccara Araújo (2010, p. 2):

Esses processos de alienação causam nas crianças/adolescentes grandes danos emocionais e psíquicos, pois estes se tornam um alvo claro para a destruição do “objeto de ódio” do genitor alienante. Destruir este alvo é a forma que o alienador encontra de “matar” a frustração pela perda vivida, sem levar em conta o resultado final, ou seja o dano causado aos filhos.

Do aprendido, verifica-se claramente que a alienação parental traz prejuízos para todos os envolvidos. O genitor alienante, que por sentimento de vingança ou outros, somado à tentativa de posse dos filhos, deflagra de forma consciente ou não, ataque à pessoa do outro genitor alienado, alterando e acentuando as dele e suas próprias percepções da realidade. Ambos os contendores tem suas faculdades biopsíquicas abaladas e corrompidas pelo processo.

Os filhos, sem dúvida, são os mais atingidos com o conflito. Esses, além de ter deturpados os seus sentimentos acerca do genitor alienado, poderá vir nesse estado de coisas a se tornar uma herança maldita possível de despertar malfadadas complexões nas suas relações futuras.

À aplicação dos dispositivos normativos da Lei em vigor e nas medidas terapêuticas, aguarda-se o início da adoção de novas posturas, tanto das famílias em confiar ao Judiciário suas demandas no que tange essa natureza, quanto a essa instância estatal em aplicar de forma adequada e exaustiva, todos os recursos disponíveis para a profilaxia jurisdicional e social desse fenômeno.

5.3 Natureza Jurídica da Alienação Parental

A natureza jurídica da alienação parental consiste o núcleo do interesse dessa síntese científica e na tentativa de melhor alçá-la socorre-se às diversas reflexões dos doutos que vem construindo a compreensão deste fenômeno atual, bem como às disposições normativas da Lei 12.318/10, Lei da Alienação parental.

Conforme discutido ao longo do trabalho, ato de alienação parental, como bem disposto no art. 2º da mencionada Lei, é 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 para que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este.

Na lição do Juiz do Trabalho do Estado de São Paulo, Elizio Luiz Peres, autor do anteprojeto da Lei 12.318/10, infere-se que muito embora sejam de grande importância para a determinação dos atos de alienação parental, os traços da Síndrome são de relevância secundária quanto à intenção sancionadora da Lei. Deixa-se bem claro que a conduta é o cerne da questão, é essa que se busca aferir ou detectar estudando-se àquela através da perícia biopsicossocial.

A patologia encontrada como resultado da perícia, que são as sequelas indicadoras da síndrome da alienação parental, serão as bases para a declaração da existência do fenômeno, aplicando então o julgador em isolado ou cumulativamente, as medidas dispostas pela norma.

As condutas do genitor alienante formam o núcleo de interesse normativo e da sua intenção inibidora, como assim acerta o Juiz Elizio Luiz Peres (DIAS, 2013, p. 46):

Não se pretende negar a relevância e a utilidade das contribuições da teoria original (Richard Gardner) sobre a Síndrome da Alienação Parental (SAP) e a riqueza de suas descrições, mas tampouco a crítica ao contexto em que surge, de *pragmatismo comportamental, punitivo e psiquiátrico norte-americano*. Em qualquer hipótese, pouco contribui para esse debate desqualificar a autoria de argumentos ou restringir o exame apenas a exames formais. A Lei não trata do processo de alienação parental necessariamente como patologia, mas como conduta que merece a intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza.

No art. 3º da Lei 12.318/10 estabelece-se que a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou adolescente da convivência saudável e afetiva, tanto com o genitor quanto com a família, constituindo-se abuso moral contra os mesmos.

A conduta do alienador é vista como abuso no exercício do poder familiar em relação aos filhos e empecilho ao outro genitor para o exercício desse direito. Verifica-se estar diante de abuso de direito relativo ao exercício do poder familiar (já estudado em Capítulo específico).

Como estabelecido no art. 186 do CC/02. Cúria; Céspedes; Nicoletti, (2012, p. 163) “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

ilícito”. O cerne dessa disposição legal é que na violação de direito pertencente a outrem, na hipótese da ocorrência de dano, este será tido como ilícito.

Já o art. 187 da mesma Lei dispõe que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Aqui, no centro da questão, verifica-se o ilícito no uso de direito próprio, quando se exacerba desses direitos, conquanto a inobservância de princípios sociais regentes da conduta.

Assim, acerca da alienação parental concorda o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente do IBDFAM (DIAS, 2013, p. 37):

A prática de alienação parental fere direito fundamental das crianças e do adolescente de convívio familiar saudável, interfere nas relações de afeto com os pais e seus familiares, constitui abuso moral contra esses sujeitos em desenvolvimento. Não há dúvida de que, além das consequências para o poder familiar, a alienação parental pode gerar responsabilidade civil do alienador por abuso de direito.

Nessa compreensão, infere-se que o genitor alienante incorre nas duas infrações que as normas visam proteger. Primeiramente, o mesmo possuindo o direito inerente ao poder familiar de dirigir a criação, educar e de manter em sua guarda, promovendo a segurança da prole, exacerba, fazendo dos filhos partícipes e vítimas das ações de alienação parental, prejudicando-lhes o direito ao convívio e à relação de afetividade com o outro genitor. Em suma, pratica o abuso do seu próprio direito no exercício do poder familiar.

O genitor alienante, ainda de forma ilícita, cometendo contra o outro genitor atos de alienação parental, viola o direito daquele do exercício do poder familiar daquele em relação aos filhos, prejudicando assim o convívio e a afetividade entre eles.

Na descrição tipológica da Lei da Alienação Parental o legislador tratou o fenômeno, como ferida ao direito fundamental dos filhos à convivência familiar saudável, prejuízo ao afeto com o genitor e com o grupo familiar, constituindo-se abuso moral, concordando com as conclusões de que o alienador viola os direitos da prole e do genitor alienado, excedendo do exercício de seus próprios direitos para esse fim.

A moral familiar, enquanto instância da realização dos indivíduos será herdada pela manutenção do convívio e afetividade de pais e filhos traduzindo-se

em direitos e deveres que devem ser exercitados sob os limites dos direitos e garantias fundamentais lastreados sob a dignidade da pessoa humana.

Qualquer violação desses caracteriza ferida à dignidade da pessoa humana, constitui abuso moral, podendo provocar danos passíveis de responsabilização.

Essa é a lição do Desembargador do Rio de Janeiro, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 89):

Assim à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em **sentido estrito** o dano moral é a violação do direito à dignidade.[...] Atribui-se a Kant a seguinte lição: “A dignidade é o valor que se reveste de tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas.

[...]

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não vinculados diretamente à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados e diferentes níveis. Resulta daí que o abuso moral em **sentido amplo** envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que a sua dignidade não seja arranhada.

Muito embora se verifique que o nobre doutrinador houve classificar os direitos da personalidade em instâncias (estrita e ampla) atribuindo o pertencimento apenas no sentido estrito à seara da dignidade, verifica-se que o entendimento em sentido amplo (direitos da personalidade), também não de povoar a seara da dignidade porquanto serem valores subjetivos, tidos, portanto, como imensuráveis e insubstituíveis e que individualizam as pessoas e as realiza, conforme depreendido da lição de Kant na versão do autor.

Assim, o abuso moral (violação ao direito de terceiros), agride o conjunto de direitos e deveres inerentes ao exercício do poder familiar nas condutas de alienação parental, fere a dignidade da pessoa humana, podendo ensejar dano moral. Sendo tais atos uma vez comprovados, passível será o alienador de aplicação isolada ou cumulada as medidas sancionadoras da Lei 12.318/10, sem o prejuízo da responsabilização civil e criminal, conforme o art. 6º (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 1453):

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

Acerca da responsabilização, assevera o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira (DIAS, 2013, p. 39).

A teoria da responsabilidade civil baseia-se na presença de três elementos fundamentais: a culpa, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente deve autorizar a reparação; o dano, com lesão provocada ao patrimônio da vítima, e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente.

Dispõe ainda o ilustre doutrinador ser a alienação parental descumprimento aos preceitos fundamentais inerentes ao melhor interesse da criança e do adolescente, provoca dano de natureza imaterial, pois atinge a dimensão psíquica dos mesmos e é passível de responsabilização, porém não sendo necessário considerar-se a existência de dolo do alienante, muito menos a culpa, segundo os traços da responsabilidade objetiva, teoria adotada pelo Direito brasileiro.

Sobre as peculiaridades da responsabilização civil e penal, verifica-se que o ilícito não se filia exclusivamente a uma das duas dimensões, sendo esse agressão tanto às normas civis quanto às penais. Reserva-se ao direito à tipificação de ilícitos penais àquelas condutas sociais tidas como mais relevantes e assim considerados de direito público e ilícitos civis as condutas menos relevantes, considerando-se de direito privado.

Assim, como assevera o doutrinador Sérgio Cavallieri Filho (2012, p. 15) que o ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal, reconhecendo ser algo de menor importância. Dispõe também o ilustre juiz, que pode, inclusive, o agente incidir nas duas esferas com uma mesma conduta, cometendo ilícito penal e civil, sendo observada a sua responsabilização em ambas as esferas.

A Lei de Alienação Parental, buscando defender o melhor interesse da criança e coibindo a prática desse fenômeno, concebe em dispositivo já mencionado a aplicação das suas sanções, podendo assim ocorrer concomitantemente à responsabilização civil e penal do genitor alienante.

Acerca da responsabilização penal, a depender da conduta, pode-se aplicar ao genitor alienador os dispositivos dos artigos. 232 e 236 da ECA, como também os artigos 173, 249, 330 e 339 do Código Penal. A responsabilização civil poderá se dar através da aplicação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil/02.

Muito embora o legislador não tenha mencionado sanção de natureza administrativa ao alienador, na Lei 12.318, torna-se pertinente a inclusão do seu comportamento nas condutas previstas no art. 249 da ECA e conseqüentemente a aplicação de suas sanções.

Não se avança nesta pesquisa a compreensão doutrinária e jurisprudencial acerca de indenização pecuniária proveniente de dano ocorrido da alienação parental por não fazerem parte das pretensões delineadas quanto aos objetivos da inferência.

Das compreensões conclusivas verifica-se que as condutas de alienação parental, segundo a Lei 12.318/10 e consentâneo o Direito Civil Brasileiro, possui a natureza jurídica de ato ilícito, podendo vir a ser de feição civil e/ou penal. A sua feição civil encaixa-se razoavelmente às condutas implícitas ao ilícito da violação de direito de terceiro concorrentemente com o abuso de direito próprio do Código Civil/02 e abraçadas pela tipologia de abuso moral na norma em comento.

E muito embora a finalidade normativa resida em coibir as condutas e atos de alienação parental, dispostos de forma exemplificativas na norma e possíveis outros, assim caracterizados, há que se detectar a presença no mínimo dos indícios da alienação para que se justifique a aplicação da Lei e seus instrumentos processuais.

A alienação parental acontece de forma complexa, atingindo dimensão deveras merecedora de cuidados, justificando a existência atual de instrumento normativo especial para a manipulação do fenômeno. Suas características e aplicações diferenciadas se farão abordados no item seguinte.

5.4 Lei 12.318/10

Nova e versátil é a complexão do conjunto normativo contido nessa Lei. Alça-se então, considerações sob os aspectos que se apresentam. Contempla a norma em comento disposições de caráter sancionador, dispondo ao juiz aplicá-las de forma isolada ou cumulada, inclusive de natureza pecuniária, a exemplo do art. 6º, III, que estipula multa ao alienador.

Claramente pode-se verificar o caráter pedagógico e terapêutico da norma, quando de acordo com a sua conveniência, o magistrado detectando mesmo que indício de alienação parental estabelecerá medidas de proteção à integridade psicológica do menor.

Determinará se entender necessária, perícia biopsicológica, para o fortalecimento das suas decisões e o envio ao devido tratamento, todos os envolvidos. Justifica-se o caráter da Lei 12.318/10, vez que se está lidando com sentimentos de pessoas em desenvolvimento, entendendo-se ser complexo e de manipulação cuidadosa essa instância.

Muito embora, como registrado em Capítulo anterior, a resistência, por vezes, do juiz em estabelecer guarda compartilhada baseada nos pareceres psicossociais, a ampliação de convivência e contato dos filhos quando da verificação de indícios de alienação parental tem se mostrado diferente.

A adoção dessa medida cautelar em favor da afetividade dos filhos com o genitor alienado tem se mostrado de melhor efetividade pelo Judiciário, Desta forma, asseveram Luciana de Paula Barbosa e Beatriz Chaves Ros de Castro, (2013, p. 203-204):

Quanto ao contato dos filhos com o genitor não residente, a tendência dos magistrados foi estipular, manter ou ampliar esses contatos - 72% dos processos. Essa tendência coaduna com a tendência das sugestões apresentadas nos pareceres psicossociais do SERAF. Restrições aos contatos – com suspensão, supervisão ou visitas condicionadas ao desejo do filho – ocorreram apenas em 8% das vezes.

Não há que se olvidar que o alienador, muito embora com atitudes dignas de reprovação, faz parte da esfera afetiva dos filhos, inferindo-se então que sua sanção, ainda que justa, inevitavelmente surtirá efeitos pessoais negativos na seara sentimental da criança e do adolescente, residindo na função judicial o

discernimento em não afrouxar na jurisdição do fenômeno, porém não alargando sobremaneira o sofrimento familiar.

Nesta esteira também se considera a previsão de aplicação de multa ao alienador (art. 6º, III), e muito embora não se especifique de que tipo e em favor de quem, torna-se razoável que se compreenda pecuniária e em favor do genitor alienado, como forma de compensação pelo mal lhe provocado pela conduta do outro. Fato análogo à crítica anterior que fatalmente atingirá também a condição dos filhos.

Acerca do assunto dispõe Antônio Cezar Lima da Fonseca. (2011, p. 310):

Assim sendo, à primeira vista, dita multa será imposta pelo juiz independentemente de pedido das partes, nos casos provados de alienação parental, e reverterá ao genitor prejudicado (genitor alienado) pela atividade do alienador (genitor alienante). O genitor alienado é quem terá o direito de execução. Isso, certamente, será de “advertência” ou “incentivo” aos pais ou responsáveis legal, para que não pratiquem atos de hostilidade, um com o outro, servindo-se de crianças e adolescentes como “massa de manobra”, como dizia o Des. Antônio Carlos Stangler Pereira.

A tipificação da alienação parental foi da maior importância, haja vista ser preenchida lacuna que se via emprestada a mais de um entendimento, gerando por vezes tratamento desigual por parte do judiciário. Assim acerta a Psicopedagoga Jocélia Puchpon Gomes (2014, p. 72):

É de fundamental importância que sua tipificação passe a fazer parte do ordenamento jurídico para que o Poder Judiciário disponha de efetivos instrumentos a combater e prevenir suas ocorrências. Para os juizes as vantagens da existência de uma definição legal é inquestionável a identificação ou pelo menos, o reconhecimento dos indícios de sua existência, possibilitará que sua decisão seja rápida.

Outro traço marcante da norma é o estabelecimento das condutas de alienação parental num rol exemplificativo, previsto no Parágrafo Único do art. 2º. Verifica-se que se assim não fosse, estaria o juiz adstrito ao texto não podendo enquadrar condutas do genitor que ali não estivessem dispostas, uma vez que se sabe que nas relações de família, pelo seu caráter de subjetividade, diversos outros comportamentos haverão de ter características de alienação parental.

Acerca dos aspectos processuais, há que se destacar a sua forma prioritária de tramitação, como também a possibilidade de perquiri-la a requerimento ou “de ofício” pelo juiz nos processos de divórcio, alimentos, guarda e regulamentação de visitas, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente.

A Lei contempla momentos de rígida particularidade em sua desenvoltura

processual, dispendo-se ao juiz recorrer ao princípio da deformalização e da adaptabilidade do procedimento para viabilização de sua aplicação.

Em exemplo dessa dinâmica se vê na ação de alimentos: o genitor alienado é passivo, enquanto que o menor representado encontra-se no polo ativo da relação. Ao decretar, de ofício, o procedimento para a apuração da alienação parental, deverá então o magistrado, continuar no mesmo processo dispendo legitimidade ativa ao genitor alienado (passivo na ação de alimentos), e legitimidade passiva ao representante do menor.

Este último nota-se, que não figurava como parte no processo original, passando esse, de uma para duas relações jurídicas, que deverão dar azo a pedidos distintos. Assim, sobre a matéria, dispõe o juiz Antônio Veloso Peleja Júnior (2013, p. 7):

De acordo com tal entendimento, se o juiz verificar a alienação parental na ação de alimentos deverá prosseguir nos mesmos autos, conferindo legitimidade passiva ao genitor-alienador (detentor da guarda), que representa o menor na ação de alimentos, e ativa ao genitor-vítima. Haverá então, duas relações jurídicas consistentes na cumulação de pedidos de um só feito: o pedido de alimentos e o de alienação parental. Há ainda um plus: um dos polos da relação processual terá parte diversa da relação original.

Como já se disse, diante da natureza do direito em voga na seara da alienação parental (direito de convivência saudável e afetividade da criança e do adolescente com genitor) dotou-se também a norma do poder das tutelas de urgência, consubstanciado no instituto da antecipação de tutela.

É o que se depreende das características das medidas contidas no rol do art. 6º da Lei 12.318. Busca-se garantir direito que em curso processual normal só se garantiria após a decisão. Acertam sobre o tema os mestres Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis. (2011, p. 94):

O instituto da tutela antecipada busca, como dito alhures, antecipar os efeitos da tutela pretendida, efetivando o direito e viabilizando o pedido para um momento anterior à sentença. Assim, sob esse prisma, pode ser a demanda proposta de forma autônoma para discussão da existência da alienação parental, caso em que o pedido inicialmente fixado poderá ser antecipado nos termos dos requisitos próprios da tutela antecipada.

Notório, que dois artigos (9º e 10º), que faziam do Projeto de Lei, foram vetados pelo Presidente da República. Entendeu-se, estarem os dispositivos em contrariedade ao interesse público.

Muitos outros instrumentos e possibilidades processuais incorporam a envergadura da Lei 12.318/10, devendo-se exaustivamente serem utilizados pelo Judiciário na efetivação da reflexão do fenômeno. Urge a tomada de posturas adequadas e decisões céleres para se evitar que a prestação afetiva e convivencial se esvaíam.

O Poder Judiciário e sua estrutura são partes importantes da construção de uma nova realidade no que tange a efetivação do poder familiar quando das separações e divórcios. O que se busca é a convivência da criança e do adolescente com seus genitores, familiares e a comunidade de forma a garantir a aqueles um desenvolvimento saudável, base de suas realizações pessoais.

5.5 Lei de Alienação Parental x Estrutura do Poder Judiciário

A recente Lei 12.318/10, instituída para coibir os atos de alienação parental, orienta a atuação judicial conforme o seu caráter investigativo e diagnóstico. Nas suas disposições observa-se a larga participação de instâncias científicas que, por vezes, será de natureza extrínseca à seara técnica do magistrado.

Como já se disse, o foco finalístico da norma é a conduta do alienante, ficando então, adstrito à investigação da interferência psicológica intentada à criança e ao adolescente, a decisão judicial acerca daquela atitude.

Evidente também se faz que na ocorrência em que o juiz notar indícios de alienação parental nas ações de alimentos, divórcios, separações, estabelecimentos de guarda e outras, poderá adotar medidas de urgência para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente.

A instância psicológica, sua exploração e compreensão demandam por certo a requisição de peritos e especialistas para essas investigações, dispondo então a Lei em comento ao juiz, que diante dos indícios de alienação parental, poderá determinar a perícia psicológica ou biopsicossocial, como também o acompanhamento psicológico ou biopsicossocial como medida sancionadora e inibitória do fenômeno.

Essa tramitação funcionará conforme o Código de Processo Penal, art. 145, que regula a nomeação de perito para a produção de provas. Considerando a complexidade da investigação, poderá o juízo necessitar ainda do trabalho de mais de um profissional, como é o caso de psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais,

médicos e outros, socorrendo-se ao art. 431-B do CPC, que dispõe ao magistrado a nomeação de vários peritos em situações complexas.

Enfim, o aporte especializado é de suma importância, haja vista que o judiciário é instado a adentrar na seara da intimidade da família e na instância psicológica de seus membros. Acerca dessa dificuldade dispõe o Presidente do IBDFAM de Santa Catarina Douglas Philips Freitas e a advogada Graciela Pellizzaro (2010, p. 49):

O juiz, muitas vezes, se vê tolhido da realidade fática vivida pelas partes, portanto vale-se dos auxiliares do juízo para constatação daquilo que não possui condições técnicas para avaliar. O magistrado nesses casos, nomeia um perito (profissional de sua confiança, conforme art. 145 do CPC) para verificar a realidade sob a ótica desse *expert* no assunto.

Das considerações dos nobres doutrinadores cabe aqui destacar duas situações particulares que demandam reflexão. A primeira, é que muito embora possa contar o juiz com a disposição da Lei 12.318/10 e do CPC, para que se apoie nas perícias desses profissionais, dotando suas decisões de mais segurança e robustez, e mesmo não estando adstrito aos laudos (art. 436 CPC), acerta-se ser de plena razoabilidade que a instância judicial possua algum conhecimento do assunto da investigação.

O laudo pericial é peça chave na decisão judicial, e naturalmente fará parte do fundamento da mesma, sabendo-se ser difícil ou até mesmo impossível, decisões adequadas envolvendo esses particulares sem seu apoio, porém é o magistrado o emissor da decisão, passando a lhe pertencer a verdade inferida no laudo, quando aplicada na sentença. Assim coloca a Desembargadora Maria Berenice Dias (PAULINO NETO, 2009, p. 13):

Para isso é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao sentimento de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Ao juiz também é disposto legalmente (art. 139 CPC) poder realizar em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento da parte, inspecionar pessoas ou coisas, para melhor fundamentar suas decisões acerca dos fatos.

O segundo aspecto apontado diz respeito aos profissionais que efetuarão as devidas perícias quanto às nuances subjetivas dos indivíduos envolvidos nas ocorrências de alienação parental. O CPC, art. 139, dispõe. Cúria; Céspedes;

Nicoletti. (2012, p. 356): “São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”.

Os doutrinadores, ao expressar a possibilidade do Judiciário poder lançar mão dos mesmos como auxiliares “do juízo”, na prática, muito embora o Estado possa contratar esses técnicos, eles são considerados como auxiliares eventuais, diferentemente do escrivão, do oficial de justiça, e do administrador, que são permanentes, caracterizados assim, pela continuidade de suas atividades.

A Lei da Alienação Parental contempla em seu art. 5º, § 2º, “A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental”. (CÚRIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2012, p. 1454).

A norma exige a experiência comprovada em histórico profissional ou acadêmico, aptidão para diagnosticar alienação parental. Certamente se busca subsidiar a decisão judicial da mais ampla certeza acerca da existência da conduta alienante.

A “reforma do Poder Judiciário”, arcabouço da EC nº 45, entre outros objetivos, intentou dotá-lo de estrutura para dar respostas mais céleres e tempestivas às demandas sociais.

As demandas de família como já se viu, permeadas pelos meandros da intimidade das pessoas e particularmente na presença da alienação parental, quando às exigências de cuidados se redobram no trato às interferências psicológicas intentadas às crianças e adolescentes. Verifica-se portanto, que a celeridade é tão importante quanto o aparelhamento especializado para lidar com o fenômeno.

A estrutura do Judiciário brasileiro deverá contemplar profissionais “permanentes” atinentes ao trato da alienação parental nas varas de família. São essas instâncias que estão a lidar diariamente com as contendas das separações, ações de alimentos, divórcios, designação de guardas e em muitas vezes, já se comprovou, impregnadas de alienação parental.

Assim, acerca do assunto dispõe a mestre Ionete de Magalhães Souza (2010, p. 8):

Assim é patente a necessidade dos tribunais da presença constante de profissionais como psiquiatra e psicólogos que saibam detectar problemas,

muitas vezes desconhecidos, inclusive, pelas partes envolvidas, tais como a SAP e suas graduações, procedendo com um estudo psicossocial criterioso e com as investigações adequadas, pois “em juízo de família, não se resolvem apenas os litígios; resolvem-se pessoas”.

Da forma disposta, verifica-se a necessidade do Órgão Judicante estar aparelhado para dar suporte às demandas de família, mormente às situações de envolvimento com a alienação parental. O acesso à justiça sabe-se atender à concórdia do princípio da dignidade da pessoa humana quando se garante ao cidadão, tutela adequada e célere as suas demandas.

Nesse diapasão, verifica-se que a realidade brasileira no que tange ao atendimento familiar, cerne das demandas de alienação parental, carece de estruturação e dotação do Judiciário de profissionais peculiares às realizações das perícias multidisciplinares, para de forma igualitária possa esse Poder oferecer a jurisdição familiar a todos os demandantes.

Corroborando com essa colocação, dispõe o juiz Antônio Veloso Peleja Júnior (2013, p. 10):

Uma exigência contundente e justificável da lei é que a perícia seja realizada por profissional com aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. Entretanto, há de se verificar se é possível que a exigência seja cumprida nos diversos tribunais do País (art. 5º § 2º), o que se nos verifica difícil. Por vezes, o cumprimento estrito da lei vale para os grandes centros, mas no Brasil do interior, sua eficácia fica postergada.

Conclui-se verificando o Poder Legislativo brasileiro inegavelmente tenha inegavelmente inovado e demonstrado pioneirismo na construção da Lei 12.318/10, a lei de alienação parental, fenômeno que é realidade presente nas demandas das rupturas afetivas.

Constata-se, todavia, que a eficácia da norma encontra-se mitigada, mormente nos arredores do País, fora das capitais, pela carência do Judiciário em estrutura de profissionais especialistas afetos às áreas componentes da perícia biopsicossocial, requisito primordial à detecção da alienação parental e acompanhamento dos envolvidos no fenômeno.

6 CONCLUSÃO

Na iminência de se obter a compreensão conclusiva do estudo monográfico acerca da natureza jurídica da alienação parental em face do Direito Civil Brasileiro, necessário se faz a síntese do marco histórico que contextualiza o próprio fenômeno na sociedade e particularmente nas contendas de família.

A família é o cerne social do fenômeno em estudo, e nasceu da necessidade humana de proteção e de interação coletiva primordialmente. Na família se verifica a conquista da caracterização do ser como ente produtivo social e individualmente. Esse núcleo teve recentemente suas finalidades ampliadas, em vias de adequar-se aos efeitos do princípio da dignidade humana estabelecidos para a realização das pessoas nela contida.

A Carta Magna de 88 outorga proteção à família e reconhece as formas diversas de se estabelecerem as pessoas nesses grupos, conforme as circunstâncias intrínsecas impactantes de suas próprias individualizações: sejam sentimentos, crenças, psicologia, visão de mundo, entre outros, influenciadas naturalmente por fatores extrínsecos quais sejam econômicos, religiosos, políticos, tecnológicos, e outros mais.

A Constituição e o seu caráter instrumentalista no que tange à família, infere que lastreados pelos ditames da igualdade aos seus membros, todos merecem respeito, mormente suas condições de seres humanos, e dignos de receberem proteção estatal e familiar na busca de suas realizações pessoais. Assim ganha azo a proteção instituída à família, para que funcione como o centro da provisão da dignidade e realização das pessoas, lastreado pela afetividade.

Com fulcro nesse sentimento que a Carta Maior ilumina as várias formas de composição admitidas no direito brasileiro. Nesse cenário, o casamento deixou de ser a única forma de se constituir família, pois uma vez estruturadas no terreno da afetividade, há que se reconhecer que mais que de uma forma de grupo social possa realizar os ditames constitucionais, sendo então reconhecidos como família.

Então, a família heteroparental pode nascer do casamento e da união estável, entre o homem e a mulher, a família monoparental ocorre da evolução de qualquer de uma dessas que tenha ocorrido ruptura afetiva, permanecendo apenas um de seus membros com a existência da prole ou não. Também será considerada assim quando a pessoa desde o início se estabeleceu sozinho em seu lar.

A família homoparental pode advir de uma relação homoafetiva, valendo ressaltar que muito embora o antigo ranço social e principalmente religioso à essa entidade, resta pacificada a interpretação constitucional, da relação homoafetiva como espécie de família uma vez que fundada na afetividade como base da felicidade e realização das pessoas.

A homoparentalidade também pode espelhar na forma de constituição de família baseada apenas no convívio fraterno de pessoas de mesmo sexo (geralmente idosos), que acordam a convivência estabelecendo as características de família e assim recebendo também a proteção constitucional.

Mesmo se considerando o fim a que se constitui, em qualquer das formas adotadas, havendo ruptura da estrutura familiar e não havendo entendimento quanto aos filhos, por vezes, ocorre a disputa pela guarda da prole, podendo um dos pais ou mesmo o responsável desencadear condutas de alienação parental, buscando prevalecer para si o direito convivencial com aqueles.

A constituição familiar pode vir a gerar ou conceber a ideia de filhos como desenvolvimento da afetividade, busca da felicidade e a transcendência da geração, e ante os princípios constitucionais, todos os filhos, quer sejam gerados, adotados ou reconhecidos por quaisquer das formas íncultas no Direito Brasileiro, hão que receber tratamento igualitário em direitos e tratamento, estando vedada quaisquer forma de discriminação.

A filiação, tida por parte da doutrina como um fato da vida sabe-se gerar direitos e deveres, tanto em relação aos filhos quanto aos pais. Aos filhos ocorrem direitos, como já dito de igual situação a todos e quanto às suas condições de seres em desenvolvimento: vida, saúde, alimentação, educação, esporte lazer, liberdade, dignidade, convivência familiar e comunitária, gerando aos pais a obrigação da promoção desses, contando com a efetiva participação estatal e da sociedade.

A filiação gera aos pais o dever de proteger os filhos, promovendo os direitos conjuntamente com o Estado e a sociedade. Os deveres dos pais possuem também a feição de direitos e estabelece-se nas circunstâncias de poder ter os filhos em suas companhias e guarda podendo reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, e ainda de regerem a vida dos filhos até que possam assumir todos os seus atos pessoalmente.

Tais aspectos dizem respeito ao exercício do poder familiar, contraídos ante a filiação e a família, sendo legalmente dispostas aos pais para que possam

administrar a vida dos filhos provendo-lhes todo o necessário incluído aos direitos fundamentais para que possam crescer e se desenvolver em condições garantidas de se realizarem como pessoas.

As famílias, e suas relações afetivas, muito embora se tenham formado no intuito da permanência da convivência e da afetividade grupal, são levadas por situações muitas vezes de ordens emocionais e subjetivas, quando não de confronto de ideais, chegam a rupturas, situações essas, que quando não temperadas de bom senso e do diálogo, por vezes, em forma de litígio, desencadeiam disputas pela guarda e convivência com os filhos.

A guarda dos filhos poderá ser determinada pelo juiz de forma unilateral, quando a um dos ex-consortes, de forma exclusiva é atribuída a guarda da prole restando ao outro o direito de visitas. Também poderá estabelecer o magistrado a forma compartilhada, quando será atribuída a ambos os pais, conjuntamente tomarem decisões e regerem a vida dos filhos, muito embora esses residam no domicílio de apenas um dos genitores.

A guarda unilateral não é muito bem vista pela doutrina, uma vez que não fomenta a realização de convivência com ambos os pais, prejudicando o estabelecimento dos laços afetivos com um deles e propiciando o desequilíbrio de direitos entre aqueles. Quando da separação mal resolvida essa forma de guarda é a que mais propicia as condutas de alienação parental, movido pelo sentimento de vingança e em finalidade de prejuízo ao outro genitor.

Pratica-se ainda a forma de guarda alternada, quando é atribuída a convivência por períodos pré-fixados a cada um dos pais, sendo da exclusividade de cada um no seu período, reger o poder parental sem a interferência do outro.

Esporadicamente se tem elegido essa forma de guarda, por se verificar o estabelecimento de confusão na cabeça das crianças, quanto à autoridade dos pais, sendo considerada a guarda compartilhada, principalmente pela doutrina, como a forma de melhor atendimento dos interesses da criança e do adolescente.

O Poder Judiciário, tradicionalmente por julgar a mãe a melhor instância de proteção dos filhos após a separação, na maioria das vezes tem provido a essas a guarda dos filhos e muito criticado pela doutrina, de forma unilateral, o que tem propiciado, quando da ausência da realização do luto conjugal, a concatenação de atitudes com vistas a alterar a percepção dos filhos acerca da pessoa do outro genitor, com o intuito de fazê-los odiar e afastar-se do mesmo.

Deste modo, verifica-se que a alienação parental, fenômeno denotado nas contendas do Direito de Família, particularmente nas rupturas afetivas, é conceituada na Lei 12.318/10 que a coíbe, sob o entendimento de interferência psicológica aos filhos para que repudie genitor ou que cause prejuízo aos vínculos existentes entre esses ou que dificulte seu estabelecimento.

A lei delimita também ser a alienação provocada ou induzida pelo outro genitor, pelos avós, ou por qualquer pessoa que os tenha sob sua responsabilidade, guarda ou vigilância.

Dispostos se encontram na norma em rol exemplificativo, diversas atitudes consideradas como alienação parental, possíveis de intento por parte do alienador para impingir seus objetivos de afastar o outro genitor da prole, podendo o juiz declará-las “de ofício”, nos processos de divórcio, alimentos, guarda e regulamentação de visitas, em qualquer momento processual, ou mesmo a requerimento da parte em ação autônoma ou incidentalmente.

Dando vazão ao seu caráter terapêutico prevalecente, estabelece a norma a possibilidade do magistrado a determinar perícia biopsicossocial, uma vez percebido indícios da alienação parental, para a sua constatação e severidade do estágio como também o acompanhamento psicológico dos envolvidos, principalmente para preservar a integridade psicológica da criança ou do adolescente vítima.

Possivelmente na detecção da conduta de alienação parental se encontre concomitantemente a presença da Síndrome da Alienação Parental, representadas nas alterações comportamentais da vítima que teve suas ideias e sentimentos alterados por ação do primeiro fenômeno.

Tanto a perícia quanto o acompanhamento há que se fazer por profissionais com aptidão para lidar com a alienação parental, demonstrando para tal, comprovação em histórico profissional ou acadêmico. Caracterizado o fenômeno ou qualquer conduta que tenha por azo dificultar a convivência ou o contato dos filhos com o outro genitor, o juiz poderá aplicar quaisquer das medidas contidas no art. 6º da norma de forma isolada ou cumulada, sem prejuízo das devidas responsabilizações civis ou penais.

A conduta é o cerne da finalidade sancionadora da Lei, muito embora sua comprovação, na maioria dos casos só possa se dar através da perícia, podendo essa detectar traços da Síndrome da Alienação Parental, que são as alterações de

natureza psicológica provocada pela alienação e impactantes no comportamento da criança ou do adolescente.

A Lei dispõe no art. 3º ser a alienação parental abuso moral que fere os direitos fundamentais da criança e do adolescente de convivência saudável familiar e comunitária. Verifica-se então que essa acepção é espécie de abuso de direito (próprio e de terceiro) com previsões expressas nos art. 186 e 187 do CC/02.

Através de sua conduta, o genitor alienador abusa do seu direito no exercício do poder familiar em relação aos filhos e provoca prejuízo ao direito pertencente ao genitor de também exercitar o poder familiar e da prole de conviver com o mesmo. Há que se verificar que uma vez tendo provocado dano, essas condutas são tidas como ilícitos civis, passíveis de responsabilizações.

Acerca das responsabilizações civis e também criminais, como já se disse, a aplicação das sanções previstas na norma se fará sem prejuízo dessas, dispondo ao juiz utilizar os dispositivos da Lei 12.318/10, do Código Civil/02, fazer uso dos tipos penais do Estatuto da Criança e do adolescente e do Código Penal Brasileiro, conforme a situação.

Sinteticamente verifica-se que a norma tem caráter especialíssimo e que diz respeito ao atendimento dos interesses das crianças e dos adolescentes em coibir as condutas de alienação parental que visam prejudicar seus direitos fundamentais de convivência sadia com os seus genitores.

O processo tramita em caráter de prioridade, contempla medidas de urgência para se amenizar, de logo, os efeitos do fenômeno e pode-se contar com o acompanhamento psicológico e realização de perícia biopsicológica para a avaliação dos envolvidos.

De todo o inferido deduz-se ainda o rigor estabelecido pela Lei 12.318/10 quanto aos profissionais que realizarão o acompanhamento psicológico e a perícia biopsicológica (médicos, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais) justificando-se pela natureza delicada do interesse investigado e pela necessidade de alto grau de profissionalismo nas situações envolvendo a intimidade de família.

De grande valia verifica-se ainda que também os magistrados sejam capacitados para que razoavelmente possam perceber as nuances da alienação parental, condição que lhes dará muito mais garantias ao acatamento dos laudos periciais e permitindo-lhes decisões mais céleres e seguras.

Enfim, o que se observa é que o Judiciário Brasileiro na busca de prestar jurisdição igualitária e de qualidade às famílias que buscam nesse Poder prestação judiciária adequada à devolução dos direitos arranhados pela alienação parental resta aparelhar-se quanto aos profissionais especializados e necessários ao diagnóstico do fenômeno.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Comentários à lei da alienação parental Lei nº 12.318/2010. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/texto/17351/comentarios-a-lei-da-alienacao-parental-lei-no-12-318-2010/2>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

ARAUJO, Sandra Maria Baccara. Psicologia e alienação parental 2010. Disponível em: <<http://mediarfamilia.blogspot.com.br/2010/07/psicologia-e-alienacao-parental.html>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaves Ros de. **Alienação parental**: um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio. Brasília: Liber Livro, 2013.

BASTOS, Isis Boll de Araújo. Alienação parental: Judiciário não deve ser a primeira opção, mas a questão já chegou aos tribunais. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103980>. Acesso em: 28.abr. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CÚRIA, Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum compacto**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice et. al. Alienação parental vidas em preto e branco. 2012. Disponível em <<http://www.criancafeliz.orggrupovivencias@criancafeliz.org>>. acesso em 24.mar. 2013.

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

FANTÁSTICO. Alienação parental pode resultar em perda da guarda do filho. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira, ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOIS, Letícia de Almeida Lupatini. Instrumentos processuais trazidos pelo projeto de lei 4.053/2008, destinados a inibir ou a atenuar a prática da alienação parental. 2010. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4797>. Acesso em: 21 abr. 2013.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. Síndrome da alienação parental. 2009. Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

FONSECA, Antônio Cezar Lima de. **Direitos da criança e do adolescente** São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental**. Comentários à lei 12.318/2010. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GÓIS, Marília Mesquita de. Alienação parental. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

GOMES, Acir de Matos. Alienação parental e suas implicações jurídicas. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Acir%20de%20Matos%20Gomes>>. Acesso em 23 mar. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gisele Pereira Jorge; HEUSELER, Denise. Direito de família e alienação parental. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11544>. Acesso em 14 mai. 2013.

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. Comentários à lei de alienação parental: Lei nº 12.318/10, 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/17871>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

LIMA, Carmem Tassiany Alves de. A síndrome de alienação parental: Um novo enfrentamento para o assistente social do poder judiciário. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11079&revista_caderno=12>. Acesso em 19 mar. 2013.

MOLD, Cristian Fetter, A alienação parental nas relações homoafetivas. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22305/a-alienacao-parental-nas-relacoes-homoafetivas#ixzz2R8bdohOP>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente**. Dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla, 2012.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Síndrome da alienação parental. Aspectos materiais e processuais. Teresina, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18089>>. Acesso em: 08 mai. 2013.

PAULINO NETO, Analdino Rodrigues et. al. **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião** – Aspectos psicológicos, sociais e jurídicos São Paulo- SP: Equilíbrio Ltda., 2008.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13252>>. Acesso em: 23 mai. de 2013.

POCHPON GOMES, Jocélia Lima. **Síndrome da alienação parental** o bulling familiar. 1. ed. São Paulo: Imperium, 2013.

SOUZA, Ionete de Magalhães., et. al. A síndrome da alienação parental na reforma do judiciário. 2010. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhbGllbmFjYW9wYXJlbnRhbHxneDoyMDY4YTVkNzRiZjcyNWlx>>. Acesso em 22 abr. 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. RABELO, César Leandro de Almeida. A alienação parental. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9269>. Acesso em 22 mar. 2013.