
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA FORMA DE ABUSO CONTRA
CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Letícia Alvares

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA FORMA DE ABUSO CONTRA
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Letícia Alvares

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.
Daniela Martins Madrid.

Presidente Prudente/SP
2012

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA NOVA FORMA DE ABUSO CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Daniela Martins Madrid

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2012.

A decisão de ter um filho é uma coisa muito séria. É decidir ter, para sempre, o coração fora do corpo.

E. Stone.

Àquela que sempre esteve ao meu lado, acreditando em mim: minha mãe, por toda a sabedoria das suas simples palavras e, principalmente, por não me deixar desistir nunca.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que sempre me conforta nas horas difíceis, e sem o qual, com certeza, o presente trabalho não se concretizaria.

À minha orientadora, Prof. Daniela Martins Madrid, por toda a paciência, orientação e compreensão, imprescindíveis para o desenvolvimento deste estudo.

Agradeço aos queridos membros da minha banca, Prof. Fabiana Junqueira Tamaoki Neves e Prof. Daniel Gustavo Colnago de Oliveira Rodrigues, que mesmo com compromissos outros, não se negaram em me ajudar.

À minha mãe, por me amar de forma incondicional, a ponto de entender os momentos de silêncio e de ausência.

Ao meu namorado e amigo, Vinícius, por estar sempre ao meu lado.

À minha amiga Mayara, por toda a sua delicadeza e disponibilidade, sempre pronta a ajudar no que fosse preciso.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

Percebe-se, no mundo contemporâneo, que as famílias tem se dissolvido com a mesma rapidez com a qual são formadas, e não raras vezes o seu término ocorre num ambiente de mágoa e desprezo. É normal que os ex-cônjuges ou companheiros sintam-se ressentidos pelo fim da união, mas quando um deles sente-se frustrado a ponto de não saber lidar com tal sentimento, litígios podem surgir. Se o casal possui filhos, o problema torna-se ainda maior, vez que a contenda pode dar ensejo ao surgimento da alienação parental. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo apresentar um panorama acerca da alienação parental, uma vez que esta se mostra como um novo tipo de agressão contra crianças e adolescentes. Devido à escassez da matéria, em virtude do pequeno número de publicações a respeito do assunto, mostra-se interessante uma abordagem acerca de tal fenômeno, com o fim precípuo de contribuir na divulgação do assunto. É necessário que tanto a sociedade civil, quanto o Poder Judiciário, se conscientizem de que a alienação parental é um problema real, e por isso merece atenção, uma vez que coloca em risco o desenvolvimento de muitas crianças e adolescentes e, conseqüentemente, da sociedade como um todo, que terá que lidar com adultos problemáticos. O Brasil aprovou, em 2010, a Lei n.º 12.318, que trata da alienação parental, o que demonstra que o aludido fenômeno começa a ganhar espaço no cenário jurídico brasileiro. Contudo, a sua simples aprovação não é suficiente para inibir a prática de atos alienadores por parte dos pais, o que enseja a necessidade de ampla divulgação da matéria, tendo em vista que apenas o conhecimento acerca da mesma é que possibilitará um agir rápido de toda a sociedade no sentido de se evitar, ou pelo menos inibir o seu surgimento. Para tanto, o presente trabalho vale-se dos métodos dedutivo e histórico, bem como das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Família. Divórcio. Guarda. Direito de visita. Criança e Adolescente. Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Lei nº 12.318/10.

ABSTRACT

In the contemporary world it is easy to notice that the family has been dissolved as fast as it has been constituted. Most of the time the end comes with the feeling of contempt and hurt. It is normal that the ex-spouse feels frustrated because of the marriage's end. But when one of them doesn't know how to deal with the situation then problems can occur. The problem is even bigger when the couple has kids once the disputes can cause the "Parental alienation". The main point of this paper is to show a prospect about the "Parental alienation" once this is a new kind of aggression against children and adolescents. Owing to the topic's scarcity is really interesting to talk about it in order to disseminate the subject. It is necessary that both the society and the Judiciary Power be aware that the "Parental alienation" is a real problem. This topic needs a special attention because children and teenagers are having their development endangered. Consequently the whole society is exposed to danger because we will need to deal with problematic adults. In 2010 Brazil approved a law about "parental alienation" which shows that the discussion about the topic is growing inside the Judiciary Power. But this is not enough to stop the parent's action that can become a alienation situation. The divulgation about the subject is the only way to make people know about the theme and make possible to extinguish or at least decrease the case of "parental alienation". The present paper has used the deductive and historical method as well as the bibliography and documentary research techniques.

Keywords: Family. Divorce. Guardianship. Visiting rights. Children and teenagers. Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Law n.º 12.318/10.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FAMÍLIA	13
2.1 Evolução Histórica	13
2.1.1 A família no direito romano	14
2.1.2 A família no direito canônico	18
2.1.3 Evolução da família no Brasil	20
2.2 Conceito de Família	24
2.3 Natureza Jurídica	26
2.4 Família Contemporânea	27
2.4.1 Família matrimonial	29
2.4.2 União estável	30
2.4.3 Família monoparental	32
2.4.4 Família homoafetiva	33
3 DO PODER FAMILIAR	38
3.1 Evolução Histórica	38
3.2 Poder Familiar no Código Civil de 2002	43
3.2.1 Conceito	45
3.2.2 Natureza jurídica	47
3.2.3 Titularidade do poder familiar	48
3.2.4 Deveres decorrentes do poder familiar	51
3.2.5 Da suspensão, perda e extinção do poder familiar	54
3.2.5.1 Da suspensão	56
3.2.5.2 Da perda	58
3.2.5.3 Da extinção	60
4 DA FILIAÇÃO	63
4.1 Definição	66
4.2 Classificação da Filiação	67

4.2.1 Filiação matrimonial	67
4.2.1.1 Reprodução assistida	71
4.2.2 Filiação extramatrimonial	73
4.2.2.1 Reconhecimento voluntário	74
4.2.2.2 Reconhecimento judicial	76
4.3 Posse de Estado de Filho	78
4.3.1 Adoção	80
4.4 Filiação na Família Homoafetiva	81
5 DA GUARDA	83
5.1 Divórcio	84
5.2 Guarda dos Filhos	89
5.2.1 Guarda compartilhada	90
5.2.2 Guarda unilateral	95
5.2.3 Do direito à convivência familiar	99
5.2.3.1 Direito de visita dos avós	102
6 DA ALIENAÇÃO PARENTAL	105
6.1 Conceito	106
6.2 Alienador e Alienado	108
6.3 Formas de Alienação Parental	110
6.4 Consequências da Alienação Parental	111
7 SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL	113
7.1 Comportamentos Característicos do Alienador	114
7.2 Características da Síndrome de Alienação Parental	115
7.3 Graus de Manifestação da Síndrome de Alienação Parental	119
7.4 Falsas Acusações de Abuso Sexual	122
7.5 Consequências Advindas da Síndrome de Alienação Parental	125
8 ANÁLISE DA LEI N.º 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010	128
9 CONCLUSÃO	150

BIBLIOGRAFIA _____ **152**

ANEXOS _____ **163**

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se ouve falar de pais separados e filhos afastados do convívio familiar em decorrência de litígios conjugais.

Pois bem, não há dúvidas de que o rompimento do vínculo conjugal é uma situação penosa para toda a família, pois envolve questões emocionais, e quando o casal possui filhos a situação se torna ainda mais complicada, pois a separação não deve ser absoluta, já que os ex-parceiros devem manter certo contato em decorrência da prole comum.

Neste contexto a justificativa de se escrever sobre este tema está no fato de que após a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, a animosidade dos pais, ou de um deles, não pode influenciar nas suas relações com os filhos, uma vez que a relação paterno/filial não se desfaz, ao contrário do matrimônio.

A problemática levantada enquadra-se na questão decorrente de que muitos pais, após a separação, engendram formas de afastar os filhos da convivência com o ex-cônjuge, como forma de puni-lo, enquanto procuram passar a pseudo intenção de que apenas agem de tal forma para proteger os filhos.

À prática de tais atos dá-se o nome de alienação parental, fenômeno que apenas recentemente vem ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro, mas que, a muito já se sabe, ocorre no seio de diversas famílias, realidade esta prejudicial aos filhos e que não deve prosperar, motivo pelo qual confirma a importância de se escrever sobre este objeto de estudo.

O Estado sempre se manteve omissos em relação à prática de atos alienadores, sem dispensar a atenção necessária a tal fenômeno, que só encontrou amparo legal, efetivamente, com o advento da Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.

Assim, face à edição da aludida lei, que trata da alienação parental, e a escassez da matéria, fez-se necessário um estudo mais aprofundado acerca do tema, visto que é grande a ocorrência de casos de alienação, embora pouco se ouça falar.

Dessa forma, o presente estudo objetivou proporcionar uma conscientização acerca do problema, vez que se trata de um fenômeno real que aflige muitas crianças e adolescentes, e não buscar formas de solução para a alienação parental.

Porém, antes de adentrar no aludido tema, necessário se fez uma incursão acerca do desenvolvimento do instituto familiar, passando pelo direito romano, canônico e adentrando, finalmente, na família brasileira, a fim de situar o leitor no contexto histórico e sócio-cultural que deu origem às primeiras organizações familiares.

Posteriormente, buscou-se discorrer a respeito do antigo pátrio poder, ou seja, o poder exercido exclusivamente pelo *pater*, e que hoje recebe a denominação de poder familiar, constituindo o dever incumbido a ambos os pais no tocante à criação e cuidado dos filhos.

Porém, para saber quem é o sujeito sobre quem recai o poder familiar, imprescindível se fez um estudo acerca da filiação, onde foram expostas as diversas acepções da palavra, o que culminou na constatação de que, hodiernamente, a filiação tem origem na socioafetividade.

Contudo, o fato de se pensar na alienação parental como consequência de um litígio conjugal, também impôs um estudo acerca da separação do casal, que, não raras vezes, culmina numa disputa pela guarda dos filhos menores.

Dessa forma, o presente trabalho permeou todo um caminho, até finalmente adentrar no capítulo referente à alienação parental, onde foi exposto o seu conceito, a identificação dos sujeitos envolvidos, as formas pelas quais ocorre a alienação, bem como as suas consequências.

Na sequência houve uma breve explanação acerca da Síndrome da Alienação Parental, estágio mais grave que o desenvolvimento da alienação parental pode assumir, e que culmina na perda dos laços afetivos entre a criança ou adolescente e aquele com quem mantinha relação.

Por fim, o presente trabalho procedeu à análise da Lei n.º 12.318/10, que trata da alienação parental, tecendo, inclusive, comentários acerca de suas disposições, para o fim de se elucidar o modo pelo qual o Judiciário trata o aludido problema.

Para que este trabalho pudesse ser realizado, foram usados como base as referências teóricas de doutrinadores como Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Paulo Lôbo, Dimas Messias de Carvalho, Guilherme Calmo Nogueira da Gama, Richard Gardner, Denise Maria Perissini da Silva, Analícia Martins de Souza, Fábio Vieira Figueiredo, dentre outros.

Para tanto foi utilizado como método principal o dedutivo e, como método acessório, o histórico; bem como as técnicas de pesquisa bibliográfica (por meio de doutrinas, artigos científicos, revistas jurídicas, dentre outros) e documental (com a análise de leis e jurisprudências).

A utilização do método dedutivo foi necessária uma vez que a pesquisa partiu de uma contextualização geral do instituto familiar, com o fim precípuo de se chegar à família brasileira e suas diversas formas, passando então, por uma análise acerca de seus membros e suas atitudes, que podem ensejar o surgimento da alienação parental.

Já o método histórico, por sua vez, foi empregado na primeira parte do trabalho, que tratou do desenvolvimento da família, primeiramente no mundo, e depois no âmbito brasileiro. Buscou-se, com isso, apontar os fatos relevantes que permearam a história da família, com o escopo de se proporcionar um entendimento maior ao se tratar da família contemporânea.

O referido método também foi utilizado nos capítulos que trataram do poder familiar, da filiação e da guarda, mormente em suas primeiras explanações, onde se buscou fazer um relato histórico dos aludidos institutos, como forma de se propiciar uma maior compreensão acerca dos mesmos.

2 DA FAMÍLIA

A família brasileira foi fortemente influenciada pelo direito romano e canônico, e verifica-se, ainda hoje, princípios vigentes oriundos de tais épocas.

Base de toda sociedade, a família é o instituto que mais sofreu alterações no decorrer dos séculos, em virtude da constante evolução social, econômica e política, intimamente ligada a ela.

Assim sendo, faz-se necessário para um melhor entendimento do presente trabalho, uma exposição histórica da evolução da família, sobretudo no direito romano e canônico, grandes influenciadores da família brasileira. Também deve ser ofertado o seu conceito e natureza jurídica, além da apresentação de alguns dos modelos familiares existentes atualmente.

Cabe ressaltar que não há um modelo uniforme de família, taxado “correto”, um padrão a ser seguido, admitindo-se as mais variadas formas, desde que os seus membros sejam unidos por um vínculo de afetividade, como se verificará mais adiante.

2.1 Evolução Histórica

A instituição familiar, acompanhando as mudanças históricas, foi se moldando no decorrer do tempo, devido às evoluções políticas, sociais e econômicas.

A família, base de toda sociedade, não é estática, e nem poderia ser, estando em constante transformação, consoante a sociedade também vai se transformando. Dessa forma, indispensável é a apresentação, ainda que superficial, das modificações pelo que o instituto familiar passou no decorrer dos tempos, partindo da família no direito romano, permeando o instituto no direito canônico, até atingir, enfim, a família brasileira.

2.1.1 A família no direito romano

A família, no direito romano, teve por princípio a religião, onde cada família possuía a sua, baseada no culto aos seus ancestrais, que eram vistos como verdadeiros deuses e provedores de suas necessidades, devendo ser adorados. Com base nisso, a família era formada pelas pessoas que adoravam um mesmo antepassado, não se limitando à consanguinidade.

O núcleo familiar, como atesta Arnoldo Wald (1999, p. 30), era chefiado pela figura masculina mais velha, denominada *pater familias*, e havia uma hierarquia a ser respeitada. A palavra *pater* não era sinônima de paternidade, mas referia-se a todo homem que não era subordinado ao poder de outrem, e que exercia autoridade sobre uma família. Embora não sejam sinônimos, referido termo quase sempre era dado ao pai, que tinha o poder supremo dentro do núcleo familiar.

O *pater* tinha direito de vida e morte sobre seus filhos, podendo, inclusive, vendê-los, se assim entendesse necessário. Isso porque o patrimônio da família ficava sob os seus cuidados, e este considerava o filho como algo que também compunha o patrimônio, tendo, dessa forma direito sobre seus descendentes (FUJITA, 2000, p. 03). Contudo, poderia ser convencionado na venda o direito de recompra, onde o *pater* poderia ter de volta o filho vendido.

A Lei das Doze Tábuas¹, de acordo com Eliane Maria Agati Madeira (s.d., p. 12), previa que o filho que fosse vendido por seu pai por três vezes ganhava a liberdade, não se sujeitando mais ao poder paterno.

Como castigo, o *pater* também podia emancipar seus filhos. Dessa forma o descendente não pertencia mais à família do pai, não tendo, assim, direito sucessório algum sobre os bens da família. Nas palavras de Fustel de Coulanges (2008, p. 60) “o filho emancipado jamais voltaria a ser considerado membro da família, quer pela religião quer pelo direito”.

A sociedade era monogâmica, pois só se reconheciam os filhos havidos do casamento, sendo considerados ilegítimos os filhos oriundos do concubinato, não tendo o *pater* obrigação alguma quanto a eles.

¹Primeira legislação escrita do Direito Romano.

Nesse sentido são as palavras de Amanda Cavalcante Ferverença (2003, p. 22):

Os filhos eram denominados legítimos quando originados na constância do casamento e ilegítimos em todos os outros casos, dividindo-se esta classificação em filho natural, decorrente do concubinato e espúrios, nos casos de desconhecimento do pai biológico.

O *pater* “governava” a pequena sociedade familiar, impondo suas ordens, controlando o patrimônio, e julgando os membros da família em caso de cometimento de alguma infração ou violação a algum dever. Somente ele se submetia à justiça do Estado, e não toda a família, visto que ela era julgada pelo próprio *pater familias*, que dependendo da violação, poderia decretar a morte ao membro infrator, como o faria o Estado.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 31):

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

A mulher, aviltada, devia obediência à autoridade marital, sendo que na ocorrência de sua morte, não era a figura materna que assumia o poder familiar, sendo este concedido ao descendente homem mais velho.

A família, como dito alhures, não se limitava à consanguinidade, mas sim aos indivíduos submetidos ao poder de um mesmo *pater familias*. Dessa forma, uma mesma pessoa não podia pertencer a duas famílias simultaneamente. Tanto era assim que a filha, quando casava com *manus*², rompia todos os laços existentes com sua antiga família, e passava a pertencer à família do marido, devendo obediência ao seu *pater*, e adorando os ancestrais de seu novo grupo.

Arnoldo Wald (1999, p. 31) elucida que:

Existia em Roma duas espécies de parentesco: a *agnação* e a *cognação*. A *agnação* vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consangüíneos (filho natural e filho adotivo do

²Situação que rompe o vínculo da filha com a sua família natural, passando esta a fazer parte, exclusivamente, da família do marido, devendo obediência ao seu *pater*. Caso o casamento fosse sem *manus*, então a filha continuaria pertencendo à sua família original, e deveria obediência apenas ao seu *pater* originário.

mesmo *pater*, por exemplo). A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deviam necessariamente ser agnados uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era cognada mas não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patria potestas*.

Os casamentos, para serem celebrados, dependiam da autorização do *pater*. Era ele quem rompia os laços da filha para que ela pudesse adentrar na nova família, deixando para trás a sua família natural. Já os filhos, quando casavam, ainda assim ficavam sob a autoridade do *pater*, mormente enquanto ele vivesse, vindo sua esposa a conviver com ele na casa paterna.

O casamento, no dizer de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 32), tinha por base a *affectio maritalis*³, que deveria perdurar por toda convivência conjugal e, se assim não fosse, era possível a sua dissolução pelo divórcio. A separação dos nubentes também era possível caso a mulher fosse estéril, pois devido à impossibilidade de dar um filho ao marido, a família não teria quem perpetuasse a religião, caindo todos em desgraça. Atesta, inclusive, Fustel de Coulanges (2008, p.56), que “o divórcio, para esse caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível que tenha sido até obrigação”.

No que concerne ao direito de sucessão, também havia diferença entre filhos e filhas (SÁ; MADRID, 2008, p. 04). O direito de herdar era concedido ao filho, que substituindo o pai, ficava incumbido de continuar a religião, cultuando seus mortos e providenciando os banquetes fúnebres, perpetuando assim a continuidade da família. A ele também cabia o cuidado com o grupo familiar, devendo ter o mesmo zelo que o *pater*, cuidando do patrimônio que era comum a todos. Caso entendesse necessário, o filho que herdou os bens poderia dar um dote à irmã.

Cabe transcrever o relato de Fustel de Coulanges (2008, p. 78-79), que explica que:

[...] sendo a religião doméstica, como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de seu pleno direito, ipso jure heres existit, no dizer do jurisconsulto [...].

³Afeição; sentimento necessário; vontade de ambos nubentes de contrair matrimônio.

Quanto à filha, no direito romano, se casada com *manus*, não herdava de seu pai, visto que não mais pertencia à sua família natural. Contudo, se solteira, podia “herdar provisoriamente”, pois tudo que fosse fazer dependia da autorização dos irmãos ou daqueles considerados herdeiros na ocorrência de seu falecimento. A filha não administrava seus próprios bens, estando, nitidamente, em uma situação inferior a do filho. Devido a isso é que se valorizava o sexo masculino, sendo o *pater* desejoso de filhos homens.

Como não há sociedade estática, gradualmente a família romana foi evoluindo, conquanto a severidade das leis foi se atenuando. Em contrapartida, o poder do *pater* foi se restringindo, ocasionando mudanças no antigo modelo familiar. À medida que o *pater* foi perdendo seu poder, os filhos passaram a cuidar de seus pecúlios⁴, antes sob domínio do chefe familiar, surgindo, então, patrimônios individuais. (GONÇALVES, 2011, p. 31).

Elucida Amanda Cavalcante Ferverença (2003, p. 23), que o casamento, onde antes a forma mais comum era com *manus*, passou a ser sem *manus*, mantendo a mulher os laços com a sua família natural.

A emancipação, que antes tinha cunho punitivo, aplicado pelo *pater*, passou a ter conotação positiva, como atesta Arnoldo Wald (1999, p. 31), mantendo o filho seu direito de herança. O *pater* também perdeu o direito de vida e o de morte sobre os filhos, podendo os membros da família recorrer ao magistrado em caso de abuso do poder paterno.

A mulher também adquiriu certa autonomia, pois na ausência do pai, a mãe passou a deter o poder familiar, substituindo-o em tudo que fosse necessário.

Arnold Wald (1999, p. 31) relata que “a evolução da família romana foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do “*pater*”, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático”.

No entanto, em decorrência das mudanças advindas da restrição do poder do *pater familias*, a sociedade se desorganizou, sobretudo a família, havendo um aumento na ocorrência de adultério e separações, desestabilizando, assim, o instituto familiar.

⁴Arnold Wald (1999, p. 31) diz que existiam quatro tipos de pecúlios: os pecúlios castrenses (vencimentos militares); os quase castrenses (vencimentos de funcionários civis); o profectício (doações feitas pelo pai); e o adventício (doações e legados feitos aos filhos por terceiros).

Em contrapartida, com o advento do cristianismo, a família organizou-se novamente, visto que passou a vigorar um extremo conservadorismo nas questões atinentes ao casamento e constituição familiar.

2.1.2 A família no direito canônico

A família brasileira também foi fortemente influenciada pelo direito canônico, e constata-se, ainda hoje, princípios instituídos no passado, vigorando até o presente.

Conforme atesta Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 32), o Direito Canônico abrange a família da Idade Média, que em decorrência do advento do cristianismo era marcada por um extremo conservadorismo, admitindo apenas a família matrimonializada, ou seja, aquela oriunda do casamento. Esta era a família considerada legítima, e somente ela era merecedora de tutela jurídica.

Tal ideia predominou entre os séculos X e XV, reconhecendo único e exclusivamente o casamento religioso, realizado sob as bênçãos de Deus.

Esclarece Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 16), que as normas romanas relativas ao poder paterno, assim como em relação aos cônjuges, ainda vigoravam, havendo uma crescente influência das leis germânicas.

Contudo, ao contrário do direito romano, o casamento no direito canônico tinha o condão de ser perpétuo, não se admitindo em hipótese alguma a dissolução do vínculo conjugal. Diziam que ao homem não era dado o direito de separar o que Deus uniu.

Para que duas pessoas se unissem através do enlace matrimonial, bastava o consentimento delas, devendo o mesmo ser efetivado através do ato sexual, podendo ser anulado se não fosse precedido por ele. Como acentua Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 18-19), a cópula carnal era considerada o elemento objetivo do casamento.

Arnold Wald (1999, p. 34) expõe que a exigência do consentimento apenas dos nubentes para que o ato matrimonial fosse consumado gerou conflito perante o direito medieval vigente à época, afirmando que:

[...] Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

Embora houvesse tal divergência quanto aos requisitos do casamento, prevaleceu o entendimento da Igreja Católica, bastando o acordo dos noivos.

Aduz Amanda Cavalcante Ferverça (2003, p. 25), que face à indissolubilidade do vínculo matrimonial, o direito canônico estipulou algumas hipóteses de impedimento ao casamento, que se referem à incapacidade do agente (que pode ser quanto à idade, impotência, diferença de religião, ou até mesmo um casamento contraído anteriormente); aos vícios de consentimento (erro, dolo ou coação para se obter a união matrimonial); ou à existência de relações anteriores, como por exemplo, grau próximo de parentesco.

Diferentemente do direito romano, no canônico a separação dos nubentes dependia de autorização da autoridade religiosa, e ainda assim apenas em determinados casos, considerados mais graves, elencados por Arnaldo Wald (1999, p.35) como adultério, heresia, tentativa de homicídio e maus-tratos de um cônjuge em relação ao outro. Embora separados, o vínculo entre eles permanecia, sendo a separação apenas de corpos.

Por ser a separação apenas de corpos, os direitos e deveres decorrentes do casamento permaneciam, como por exemplo, o dever de prestar alimentos.

A Igreja era a autoridade máxima, e tinha competência exclusiva nos assuntos relacionados à família, com especial atenção no que concernia ao casamento.

Conflitos surgiram, então, entre Estado e Igreja, onde o primeiro reivindicava para si a competência atinente ao direito de família, pertencente, até então, à Igreja, dando origem, assim, ao Concílio de Trento que, conforme relatos de Amanda Cavalcante Ferverça (2003, p. 26):

Teve por finalidade reformar o instituto do casamento, sendo que a Igreja Católica impôs determinadas solenidades a serem respeitadas para a efetividade do casamento católico e que estão presente em nossa época atual, como, a presença de pároco para realizar o casamento, a presença de duas testemunhas e a necessidade de um registro como forma de comprovação do matrimônio. O regime de bens era o da comunhão universal, sendo estabelecida a necessidade de outorga uxória para a venda de imóveis sob pena de nulidade.

Como a sociedade não era formada apenas por católicos, os acatólicos (pessoas que tinham outras crenças) forçaram o Estado a admitir o casamento civil, já reconhecido pela França, paralelo ao religioso, como forma de coibir o casamento clandestino, fora dos moldes da época.

Nesse contexto, evidencia Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 28), que “o fato é que houve grande dificuldade de assimilação pela população, de maioria católica na época, mas generalizou-se o duplo casamento (civil e religioso) que persiste até hoje”.

Aos poucos a Igreja foi sendo absorvida pelo Estado, e o casamento civil passou a predominar, tendo reconhecimento legislativo, contudo sem prejuízo do religioso. A doutrina estabeleceu que o primeiro seria de competência do Estado, relegando o religioso exclusivamente à Igreja.

Embora mudanças tenham ocorrido, percebemos nitidamente a influência dos princípios básicos do direito canônico ainda hoje, em nossa legislação pátria.

2.1.3 Evolução da família no Brasil

A família brasileira tem uma evolução muito parecida com o que foi exposto, uma vez que sofreu fortes influências tanto do direito romano quanto do canônico. Ainda assim, faz-se importante uma incursão nos principais acontecimentos que envolveram a família brasileira, a fim de contextualizar o leitor, proporcionando um maior entendimento do presente trabalho.

As comunidades rurais eram formadas pelas famílias, que eram integradas por todos os parentes, e tinham o condão de unir seus membros para a produção de riquezas, criando assim uma verdadeira unidade de produção. Quanto

maior a família, maiores eram as chances de sobrevivência, visto que havia mais gente produzindo, incentivando, assim, a procriação. Dessa forma, tinha-se uma verdadeira unidade de produção e reprodução, onde “ter” era mais importante que “ser”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 04).

A família era patriarcal, relegando a mulher a uma posição inferior, muito parecido com o direito romano, onde o *pater familias* ditava as ordens.

A tutela do direito recaía sobre o instituto familiar, e não sobre seus membros. As formalidades das quais as famílias eram revestidas importavam mais que o bem-estar e a felicidade das pessoas que a compunham.

Com a Revolução Industrial as famílias, que eram predominantemente rurais, tiveram que migrar do campo para as cidades, e, de acordo com Jorge Shiguemitsu Fujita (2000, p. 04), a subsistência da família, que antes pertencia apenas ao homem, passou a pertencer também à mulher, que ingressou no mercado de trabalho, enfraquecendo, com isso, a estrutura patriarcal. A família também perdeu sua característica de unidade de produção.

A necessidade fez com que as famílias habitassem lares menores, ficando, o núcleo familiar, restrito aos genitores e sua prole, não agregando mais todos os parentes. Com isso, seus membros se aproximaram, ficaram mais íntimos, e passaram a valorizar a afetividade.

Como resquício do direito canônico, a única família considerada legítima era a formada em decorrência do casamento, abominando o legislador qualquer outra forma de união.

Aos membros de uma mesma família não eram conferidos os mesmo direitos. O marido, por exemplo, detinha o poder maior, enquanto que a mulher era a ele subordinada, sendo considerada, inclusive pelo Código Civil de 1916, relativamente incapaz para os atos da vida civil, devendo ser assistida pelo marido. Tanto é verdade que para exercer atividade profissional, a mulher, num primeiro momento, dependia de autorização do marido, como constava no artigo 233, inciso IV, e artigo 242, inciso VII, ambos do Código Civil de 1916⁵.

⁵ **Art. 232, CC/16** – O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

[...]

IV – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal.

Art. 242, CC/16 – A mulher não pode, sem autorização do marido:

[...]

VII – Exercer profissão.

Esclarece, nesse sentido, Rosana Amara Girardi Fachin (2001, p.52), que “o trabalho da mulher estava relegado à autorização do marido e só era justificado conforme os padrões do momento histórico, se houvesse necessidade de auxílio no orçamento caseiro.”

Aos filhos também era despendido tratamento diferenciado, sendo reconhecidos apenas os filhos oriundos do casamento. Os havidos de relações extraconjugais eram tidos por ilegítimos, não merecedores da tutela jurídica, assim como as relações taxadas “concubinárias”.

Explica Arnoldo Wald (1999, p. 42) que, “a fim de evitar a entrada de estranhos, dificulta-se a adoção e só permite o reconhecimento dos filhos naturais quando não forem adúlterinos nem incestuosos”.

Embora pequeno, um passo rumo à igualdade foi dado durante a vigência da Constituição Federal de 1937, com a promulgação da Lei n.º 883/49, que possibilitou o reconhecimento e a investigação de paternidade nos casos de dissolução da sociedade conjugal (FERVENÇA, 2003, p. 29). Foi o pontapé inicial para se chegar à igualdade entre os filhos.

Também a situação da mulher foi modificada com o advento da Lei n.º 4.121/62, que trouxe o Estatuto da Mulher Casada, emancipando-a e igualando-a ao seu companheiro, não sendo mais considerada relativamente incapaz.

Outra evolução ocorreu na Constituição Federal de 1967, que em decorrência da Emenda Constitucional n.º 09, de 28 de junho de 1977, passou a contemplar a separação judicial em seu artigo 175, parágrafo 1º⁶, sendo regulada posteriormente pela Lei n.º 6.515/77.

Assevera Arnoldo Wald (1999, p. 43) que:

A Lei 6.515, de 26.12.1977, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivo processo, e deu outras providências é, sem dúvida, a mais importante no campo do direito de família nos últimos tempos.

Contudo, o marco do direito de família foi a Constituição Federal de 1988, que quebrou barreiras e derrubou antigos paradigmas, instituindo

⁶ **Art. 175** [...]

§ 1º, CF/69 – O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

definitivamente a igualdade entre as pessoas. Para tanto basta analisarmos o inciso I, do artigo 5º da nossa Lei Maior⁷ para constatarmos o relatado.

Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana são, agora, os direcionadores de todo direito brasileiro, não se admitindo, em hipótese alguma, suas violações.

Com base nisso, os cônjuges foram equiparados, sendo detentores dos mesmos direitos e obrigações, o que está expressamente previsto na nossa Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 5º⁸. Não há mais que se falar na mulher submissa ao marido, que necessita de sua autorização para a prática dos atos civis, nem em poder marital, pois agora são considerados iguais perante a lei, sendo equiparados no âmbito familiar.

Também cabe ressaltar a igualdade trazida pela Constituição entre os filhos havidos ou não do casamento. Abolido foi o termo “filho ilegítimo”, quando este provém de uma relação extraconjugal, visto que não existe mais essa diferenciação, sendo todos amparados pelo direito da mesma forma. Os filhos adotivos gozam das mesmas prerrogativas, não devendo haver nenhum tipo de discriminação, seja por parte da lei ou de qualquer pessoa ou autoridade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 74) pondera que:

A Constituição Federal de 1988, ao assegurar aos filhos as mesmas qualificações, além de proibir o emprego de qualquer designação discriminatória no que pertine à filiação, pôs um ponto final em matéria de restrições ao estabelecimento dos vínculo de paternidade – maternidade – filiação, independentemente do tipo de relacionamento existente entre os pais.

No entanto, complementa Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 75), fazendo referência ao artigo 1.597 do Código Civil que:

[...] há de se ressaltar que os filhos havidos do casamento se distinguem das demais formas de filiação, não quanto aos efeitos, mas em razão da hipótese de existir a presunção de paternidade. “Pater is est quem justae nuptiae demonstrant”.

⁷ **Art. 5º, CF/88** – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁸ **Art. 226** [...]

§ 5º, CF/88 – os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Ao contrário do direito romano, ao pai não cabe mais o direito de vida e morte sobre seus filhos, mas, ao contrário, tem este, juntamente com a mãe, o dever de cuidado, o que se denomina poder familiar. Exercido em conjunto com o Poder Público, aos genitores cabem assegurar aos filhos o direito à educação, à saúde, à alimentação, entre outros, previstos constitucionalmente.

Também importa dizer que outros tipos familiares ganharam reconhecimento jurídico, não se limitando a família somente àquela formada pelo casamento. A Constituição Federal de 1988 reconhece e garante proteção também à entidade familiar formada em decorrência de união estável, assim como aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental, com previsão nos parágrafos 3º e 4º, do artigo 226º⁹.

Por fim cabe ressaltar que o vínculo conjugal pode ser desfeito pelos nubentes, através do divórcio, sem a necessidade de separação judicial por um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Tal novidade foi trazida ao nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010, modificando, assim, o parágrafo 6º, do artigo 226¹⁰, da Carta Magna. Dessa forma, não mais satisfeitos com os laços matrimoniais, os cônjuges podem se divorciar, vez que não vige mais o princípio da indissolubilidade do matrimônio.

2.2 Conceito de Família

A palavra família, derivada do latim, tem sua origem no termo “famulus”, onde, de acordo com Gaio Fontella e Fabiane Majollo (s.d., s.p.), fazia referência ao “conjunto de escravos domésticos e bens postos à disposição do *pater*.” Nesse contexto, família faz referência às pessoas que vivem sob o mesmo teto, e devem respeito a uma mesma pessoa, incumbida de chefiar o grupo familiar, no caso o *pater familias* no direito romano.

⁹ Art. 226 [...]

§ 3º, CF/88 – 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, CF/88 – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁰ Art. 226 [...]

§ 6º, CF/88 – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Como antigamente o patrimônio da família englobava, além dos bens, também as pessoas, os escravos também faziam parte, advindo daí a palavra família.

Ocorre que, atualmente, impossível se faz conceituar o presente instituto com uma única palavra, visto que em decorrência das mudanças sociais, políticas e econômicas, referido termo também mudou, havendo várias formas a que se pode denominar tal instituto. Cabe ressaltar que o Código Civil brasileiro não conceitua o que seria família.

Num primeiro momento a família pode ser entendida como as pessoas ligadas por um mesmo tronco ancestral, sendo ligadas por um vínculo de consanguinidade.

Se for limitado este entendimento, a família poderá ser compreendida como sendo somente as pessoas ligadas até o quarto grau de parentesco, tanto em linha reta (bisavós, avós, pais, filhos, netos e bisnetos), como na colateral (irmãos, tios, sobrinhos e primos).

Porém, ao restringir ainda mais, o instituto familiar se limitará aos pais e seus filhos, que é modelo que primeiramente nos vêm à mente quando falamos em família, tanto que se procurarmos no dicionário, sua descrição de será exatamente essa¹¹.

Ocorre que nem sempre a família é ligada por laços biológicos, sendo formada, muitas vezes, em decorrência de laços afetivos. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 27):

[...] a família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.

Embora em um primeiro momento venha à cabeça a ideia de um homem e uma mulher, casados, rodeados de filhos, o instituto familiar não se limita a tal visão.

A família de hoje é bem mais abrangente, englobando todas as pessoas que se unem por laços afetivos, independente da ligação biológica, sexo, cor ou raça.

¹¹Família é o conjunto de pai, mãe e filhos; pessoas do mesmo sangue; descendência; linhagem.

Dessa forma, a família pode, então, ser conceituada, como o grupo formado por indivíduos ligados em decorrência da consanguinidade, ou por laços afetivos suficientes para manterem tais pessoas unidas, com objetivos em comum.

2.3 Natureza Jurídica

Há muito se falou ser a família equiparada a uma pessoa jurídica, em decorrência de ela ser detentora tanto de direitos patrimoniais (proprietária dos bens de família) quanto extrapatrimoniais (nome que possui, por exemplo). Porém esse entendimento não se manteve, visto que tais direitos pertencem aos membros da família, e não ao instituto familiar propriamente dito, que não possui, sequer, personalidade jurídica.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 08), integrante da doutrina majoritária, defende o entendimento de que a família é uma instituição, e afirma que:

Como instituição, a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade [...]. Sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexo diversos. Desse modo, como sociologicamente a família é sem dúvida uma instituição, o Direito, como ciência social, assim a reconhece e a regulamenta.

No que concerne ao Direito de Família, este se enquadra no ramo do direito privado, visto que os interesses em pauta são particulares, especialmente em relação à pessoa humana.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 15) afirmam que “exatamente por isso, possuem as relações familiares um caráter acentuadamente privado, destinando-se à tutela do ser, em seus múltiplos interesses morais e materiais”.

Embora pertencente ao direito privado, o Direito de Família possui princípios e regras de direito público, com normas cogentes e indisponíveis. O Estado se preocupa com o instituto familiar, e devido a isso estabelece normas (obrigatórias) a serem observadas.

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 34-35),

São normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Como são regras que não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, são chamadas de normas de interesse de ordem pública, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo.

Embora se aproxime do direito público, o direito de família pertence ao direito privado, não podendo tal característica lhe ser retirada, visto que a tendência é existir cada vez menos a intervenção estatal no núcleo familiar.

2.4 Família Contemporânea

Não vige mais no ordenamento brasileiro a obrigatoriedade do casamento como modo de formação exclusivo da família. A Constituição Federal de 1988 rompeu com antigos paradigmas, reconhecendo o instituto familiar nas mais diversas formas de convivência, seja ela formada pela simples convivência em busca de objetivos comuns, pela afetividade dos membros do grupo, pela consanguinidade, ou ainda pela união matrimonial, nos moldes antigos.

Com a evolução da família brasileira, pode-se dizer que esta, atualmente, tem sua formação baseada, sobretudo, na afetividade. Tanto é verdade, que homens e mulheres se casam movidos por sentimentos, pela atração que sentem um pelo outro, sendo este o único motivo da junção, e não mais por decisão dos pais, com finalidade econômica ou de perpetuação da família, como era antigamente.

O âmbito familiar tornou-se um ambiente direcionado a propiciar condições de desenvolvimento a seus membros. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2010, p. 07), a família contemporânea é “compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”.

Proteger a família nas suas mais diversas formas é zelar pela dignidade de seus membros.

Em decorrência das mudanças sociais, onde os costumes, hábitos e tradições são outras, novos arranjos familiares foram surgindo, como a família monoparental, a família decorrente da união estável, a homoafetiva, entre outras.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 10) entendem que:

[...] a família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade. Desse modo, exsurge a justificativa constitucional de que a proteção a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade.

Embora não haja previsão expressa na Constituição Federal de todos os arranjos familiares hoje existentes, muitos doutrinadores, entre eles Dimas Messias de Carvalho, ressaltam que não há superioridade de uma família em detrimento de outra, sendo todas merecedoras de um tratamento igualitário.

Hoje, a proteção não é mais direcionada à família, especificamente, mas aos seus membros, posto que o objetivo precípuo, tanto da Constituição Federal, quanto do Código Civil de 2002, é a tutela da pessoa humana e o seu bem-estar, com especial atenção à dignidade das pessoas, tendo o instituto familiar, dessa forma, proteção subsidiária.

Em consonância estão as palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 126):

A família atual é centrada no conceito de dignidade humana; corresponde a uma instituição repersonalizada e despatrimonializada que se despe de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para atentar aos valores existenciais que privilegiam a pessoa humana.

Não há mais que se falar em um modelo único e correto de família a ser seguido, devendo todas ser respeitadas e resguardadas pelo ordenamento jurídico, inclusive seus membros, os quais não podem conviver com nenhum tipo de discriminação decorrente ao tipo de família a que pertencem.

Digníssimo é o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 42), ao explicar que:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.

Dessa forma, faz-se necessário uma breve explanação acerca dos mais comuns arranjos familiares vigentes atualmente.

2.4.1 Família matrimonial

As pessoas sempre se sentiram atraídas umas pelas outras, entretanto, não era admissível única e simplesmente a união temporária entre elas para satisfazerem seus desejos, suas ânsias. Era necessária uma regulamentação para que as pessoas pudessem se unir, zelando assim pela moralidade.

Foi nesse contexto que Estado e Igreja instituíram o casamento, influência do direito canônico, como forma de regulamentar as relações amorosas, denominando essa ação de família.

O cristianismo vê a família unicamente como aquela constituída com base no casamento, celebrado perante uma autoridade sacramental, e realizada entre um homem e uma mulher.

Essa era a família considerada legítima e merecedora de tutela jurídica, sendo a única amparada pelo Código Civil de 1916, tanto que apenas os filhos advindos dessa relação eram reconhecidos.

Antigamente, o casamento era celebrado para ser eterno, tendo como um de seus princípios a perpetuidade. Não se admitia jamais o rompimento dos laços conjugais, a menos que a mulher fosse estéril ou desvirginada, situações em que o marido podia pedir a anulação do ato.

O casamento é ladeado por formalidades que devem ser seguidas para que o ato se concretize. O “sim” dos nubentes efetiva o casamento e constitui concordância com as regras impostas pelo ato sacramental, como o dever de fidelidade, por exemplo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o casamento é apenas uma das possíveis formas de se constituir uma família, prevalecendo a busca pela felicidade em detrimento de uma formalidade, de um padrão imposto.

O casamento, que engloba tanto o civil quanto o religioso é previsto no artigo 226, parágrafos 1º¹² e 2º¹³, da Constituição Federal.

Se a convivência entre marido e mulher já não é mais aprazível, perfeitamente possível é a dissolução do casamento pelo divórcio, pois agora, o que se tutela é o bem-estar do ser humano, a sua dignidade, e não mais a instituição familiar diretamente. É o que dispõe o parágrafo 6º, do artigo 226, da Constituição Federal.

Dessa forma, os filhos havidos fora do casamento também são considerados legítimos e detentores dos mesmos direitos e garantias dos filhos havidos da união sacramental.

O casamento ainda é uma das formas mais comuns pelas quais as pessoas se unem, com o objetivo comum de formarem uma família. Mas cabe ressaltar que, atualmente, essa não é a única forma admitida, visto que a Constituição Federal assegura proteção também a outras formas de família, como a oriunda de união estável e a família monoparental, por exemplo, expostas mais abaixo.

2.4.2 União estável

O casamento era o único modo possível e aceito pela lei para se constituir uma família, repudiando-se e discriminando-se qualquer outra forma.

Se um homem e uma mulher se unissem para viver juntos, tal ato era tido como imoral, atentatório aos bons costumes e não passível de qualquer tutela. A mulher era denominada concubina, e os filhos, seguindo o estado civil dos pais,

¹² **Art. 226** [...]

§ 1º, CF/88 – O casamento é civil e gratuita a celebração.

¹³ **Art. 226** [...]

§ 2º, CF/88 – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

eram considerados ilegítimos, carregando denominações pejorativas, sendo chamados, por exemplo, de bastardos.

A sociedade foi passando por mudanças, e a situação de uma pessoa conviver com outra, independente do casamento, passou a ser aceita pela sociedade, pois a busca pela felicidade se tornou mais importante que as formalidades exigidas para a constituição de uma família.

Como a vida antecipa o direito, e a união de pessoas, independente do casamento, tornou-se habitual, o legislativo se viu compelido a dar uma regulamentação à situação, e criou a Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, reconhecendo a união estável como uma entidade familiar.

Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 250), fazendo referência à lei que regulamentou a união estável, e comparando a nova situação com a antes existente, explana que ela

Apresenta novo conceito e requisitos para a caracterização da união estável, sem estabelecer prazo ou existência de prole, regula a partilha dos bens em caso de dissolução, reconhece o direito a alimentos, instituiu direito real de habitação ao companheiro sobrevivente e remete à competência do Juízo de Família toda a matéria relativa à união estável.

O legislador discorre que deve ser facilitada a união dos companheiros em casamento, porém não exige tal conversão, o que só reforça a concordância do ordenamento jurídico com a constituição familiar aquém da matrimonializada.

O entendimento de ser a união estável uma forma de família encontra reforço no artigo 9º¹⁴ da Lei n.º 9.278/96, que apregoa que as matérias relativas à união estável correrão no juízo da Vara de Família.

Discorre Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 68), que:

Caso haja a dissolução da união estável, a mesma se fará mediante processo judicial de Reconhecimento e Dissolução da União Estável ou ainda chamada Sociedade de Fato. processo que visa reconhecer o vínculo jurídico existente e dissolvê-lo. Tal demanda se processa de forma semelhante ao da separação consensual ou litigiosa.

¹⁴ **Art. 9º, Lei n.º 9.278/96** – Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

O Código Civil de 2002 reconhece e regula união estável em seus artigos 1.723 a 1.727. Entretanto, nosso Código Civil impõe alguns requisitos para a caracterização da união estável, devendo a relação ser estabelecida entre homem e mulher, ser a convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição familiar (artigo 1.723 do Código Civil¹⁵).

Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 254) apresenta alguns elementos secundários que também serviriam como forma de comprovação da união estável, ao dizer que:

Podem os companheiros se valerem, ainda, de diversas provas complementares, tais como dependência econômica da companheira; convivência com a família do companheiro; criação e educação dos filhos do outro companheiro; casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente; gravidez e filhos comuns; existência de contrato de concubinato; dependência junto à previdência; uso do nome do companheiro (art. 57 da Lei n. 6.015/73); dependente para fins de imposto de renda, entre outros.

As pessoas que compõem esse novo modelo de família são denominadas “companheiras”, e a elas são atribuídos direitos e deveres, como respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíprocas; e guarda, sustento e educação dos filhos comuns, todos constantes do artigo 2º da Lei 9.278/96.

Dessa forma, descabível é o entendimento que não vê na união estável uma instituição familiar, devendo a mesma ser respeitada, garantindo-se, dessa forma, maior dignidade aos seus membros.

2.4.3 Família monoparental

É comum, atualmente, as situações em que um dos pais, principalmente mães solteiras ou pais divorciados, convivem com os filhos em uma mesma casa, formando, ali, seu núcleo familiar.

¹⁵ **Art. 1.723, CC/2002** – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Esclarece Dariane Elisa Christofano, (2005, p.19), que “esta espécie de família pode ter por conseqüência a ruptura da união bilateral se transformando para monoparental, v.g., caso de falecimento de um dos cônjuges, ou pela separação e divórcio.”

Família monoparental nada mais é que a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo que esta também encontra respaldo constitucional, como se pode observar a partir da leitura do parágrafo 4º, do artigo 226, da nossa Lei Maior.

Segundo Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 68) “a família monoparental é considerada entidade familiar constitucional, amparada pela Constituição Federal e cada vez mais comum em nossa sociedade.”

Sendo uma entidade familiar, deve ser respeitada e amparada da mesma forma que as demais, ficando isenta de qualquer tipo de discriminação.

2.4.4 Família homoafetiva

Matéria em voga, atualmente, é quanto a existência ou não de um novo arranjo familiar, denominado família homoafetiva, vez que a Constituição Federal é omissa a seu respeito. Esta nasce da convivência de duas pessoas do mesmo sexo (masculino ou feminino), que se unem com base na afetividade e possuem objetivos convergentes, aptos a constituir um vínculo familiar.

Embora fato corrente na sociedade contemporânea, a homossexualidade e tudo mais que a permeia ainda não é vista com “bons olhos” em boa parte do meio social, o que contribui apenas para o surgimento de preconceitos, sendo as pessoas envolvidas taxadas de “anormais”.

Esquece-se, porém, que as pessoas envolvidas nessas relações são iguais as outras, consideradas “normais” apenas em decorrência de suas opções sexuais, e são tão merecedoras quanto aquelas de respeito, segurança e, acima de tudo, proteção jurídica.

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, cujo princípio norteador de todo ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana.

Com base nesse princípio, toda pessoa deve ser respeitada, não devendo haver nenhum tipo de preconceito referente à sua religião, costumes, ou mesmo opção sexual, mas, ao contrário, deve ser respeitada integralmente e assim aceita.

Ainda que não haja previsão constitucional, como a união afetiva e as famílias formadas por um dos pais e sua prole, as chamadas uniões homoafetivas merecem tutela jurídica, não podendo haver nenhum tipo de discriminação, pois caso contrário se estará ferindo a dignidade da pessoa humana dos membros de tal família.

Esse é o entendimento de Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 13), ao explicar que:

Em aspecto mais amplo, não cabe a nós somente nos limitarmos às formas previstas na Constituição, ou seja, as entidades familiares consideradas constitucionais, visto que não podemos excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação embasada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas.

Em relação ao reconhecimento ou não da união homoafetiva como entidade familiar, há duas correntes no Brasil.

A primeira, que conta com doutrinadores como Maria Helena Diniz (2010, p. 376-377), defende que a Constituição não reconhece esse tipo de família, visto que traz em seu texto o reconhecimento apenas da união entre homem e mulher, o que é totalmente descabível, vez que não deve haver distinção entre as pessoas, passível de gerar preconceitos.

Maria Berenice Dias (2009, p. 129) aduz que:

A Constituição não reconhece como família somente a união heterossexual, que tenha por pressuposto a diferença de sexo de seus membros. E, como o convívio afetivo gera família, não há outra opção. É necessário reconhecê-lo como entidade familiar merecedora de especial proteção do Estado.

Essa corrente enxerga a união entre homossexuais apenas como uma sociedade de fato, regido pelo direito obrigacional, e não pelo direito de família,

fazendo uso da Súmula 380¹⁶ do Supremo Tribunal Federal, que vê seus membros como sócios.

Tal entendimento priva os indivíduos dessa união de vários direitos, entre eles o de adoção como casal, por exemplo, o que só seria aceito se fosse feita individualmente, o que ensejaria a formação de uma família monoparental, visto que apenas um deles seria o pai/mãe da criança. Também o direito a alimentos é suprimido, assim como o direito ao recebimento de pensão por morte, de acordo com a presente corrente.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 309) aduzem que “ademais, seguindo esse entendimento, o parceiro homoafetivo não pode figurar como dependente no seguro saúde, pois não há relação familiar entre eles”.

Em contrapartida, há uma segunda corrente, que cada vez mais ganha força, e que conta com a participação de Maria Berenice Dias, que defende que a união entre pessoas do mesmo sexo, com o objetivo comum de formarem uma família, deve sim ser reconhecida.

Segundo essa corrente, o rol constante na Constituição Federal brasileira é apenas exemplificativo, sendo totalmente procedente a constituição familiar por pessoas do mesmo sexo.

Marcela Maria Pereira Amaral (2009, p.270) expõe que

[...] a interpretação do art. 226 não poderá ser restritiva, de forma a abarcar apenas as entidades familiares expressamente mencionadas. Ora, se o fundamento de criação da própria norma é a tutela do vínculo afetivo, não poderá haver discriminação quanto às suas formas de expressão. O que importa analisar é se a entidade familiar (seja ela qual for), enquanto locus de manifestação do afeto, é capaz de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Como as mudanças sociais usualmente antecedem o direito, dada sua dinamização, e a lei é omissa quanto a esse tipo de união, incumbe ao juiz decidir pelo reconhecimento da união homoafetiva, da mesma forma que ocorre com a união estável, considerando-se o caso concreto, podendo as duas situações ser equiparadas. O magistrado não pode escusar-se face a omissão da lei, devendo

¹⁶**Súmula 380, STF** - comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, como preceitua o artigo 4º¹⁷, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

Argumenta Eduardo Veríssimo Inocente (2010, p. 70), que “no direito brasileiro, a falta de legislação sobre o tema gera um enorme desrespeito ao **princípio da dignidade humana.**” (Grifo no original).

Tendo a família como um de seus pilares a afetividade, esta não pode ser excluída da proteção jurídica, independente de ser formada por pessoas de sexos distintos ou iguais, devendo ser reconhecida sua existência, e garantidos a seus membros todos os direitos resguardados às famílias atualmente aceitas

Maria Berenice Dias (2009, p. 128) orienta que:

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional.

À união entre pessoas do mesmo sexo deve ser dado tratamento igualitário ao concedido à união estável, sendo injustificável o argumento de que só se considera entidade familiar aquela formada por pessoas de sexos distintos, sob pena de se afrontar os princípios instituídos pela Constituição Federal, tais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em julgado, a entidade familiar decorrente da união homoafetiva, como se pode ver mais abaixo, o que só vem afirmar a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo.

[...] RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios

¹⁷ **Art. 4º, LINDB** - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. [...]. (STF, RE 477554/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16/08/2011).

Tem-se, com isso, que a segunda corrente, defendida por Maria Berenice Dias (2011, p. 197), é a que mais condiz com o nosso Estado Democrático de Direito, que reconhece nas relações homoafetivas uma situação aceitável para a constituição do vínculo familiar, contando, inclusive, com o consenso do nosso Tribunal Superior.

A família, base da sociedade, deve ser respeitada em suas diversas acepções.

Percebe-se, com base no exposto até o momento, que a família, por ser base da sociedade, merece ser tutelada, não importando a sua acepção. Dessa forma, igual proteção merecem os seus membros, sendo que o Estado confere a devida proteção através da instituição do poder familiar, onde, os pais, em decorrência de um dever legal, devem agir de maneira tal a proporcionar o atendimento ao melhor interesse das crianças e adolescentes.

Devido a isso, o poder familiar, ainda que de forma breve, merece atenção, motivo pelo qual passará a ser exposto.

3 DO PODER FAMILIAR

A família, base de toda sociedade, possui regras próprias, inerentes a todos seus membros, a fim de que haja uma organização estrutural, favorável ou seu bom desenvolvimento e manutenção.

Aos filhos, por exemplo, cabe o dever de respeitar os pais, assim como aos pais, cabe o dever de zelar pela segurança e bem estar de seus filhos, sendo que quando se tornam idosos, ou então vivenciam alguma situação de carência, cabe aos filhos socorrê-los, da mesma forma que com eles foi feito durante a infância.

Aos deveres dos pais em relação aos filhos menores, tidos como mais importantes, visto que se referem às pessoas ainda em fase de desenvolvimento, o direito denomina de “poder familiar”, que é um direito-dever imposto pelo Estado na ânsia de proteger e defender os interesses de crianças e adolescentes, assegurando que os mesmos atinjam a fase adulta de forma plena e sadia.

Dada sua importância, o poder social se mantém vigilante acerca dos atos paternos, a fim de evitar abusos por parte destes, seja de ordem econômica ou moral, o que pode levar à suspensão ou até mesmo à perda do poder familiar, como se verificará adiante.

Entretanto, a fim de se entender melhor referido instituto, necessário se faz, primeiramente, um breve histórico acerca de seu surgimento e mudanças por que passou, o que trará elementos importantes e auxiliares na compreensão do funcionamento do atual poder familiar.

3.1 Evolução Histórica

O poder familiar evoluiu paralelamente ao instituto familiar, motivo pelo qual se faz necessário um breve retrocesso a alguns pontos do capítulo anterior, uma vez que as mudanças ocorridas neste, interferiram diretamente naquele.

Pois bem, a expressão “poder familiar”, como hoje é conhecida, veio em substituição ao antigo termo “pátrio poder”, que teve seu surgimento no período romano.

O pátrio poder era o poder exercido exclusivamente pelo *pater familias*, visto que a sociedade era patriarcal, e durava por toda a vida dos filhos, sendo que apenas os filhos legítimos ou legitimados se submetiam a esse poder, havendo visível discriminação. Tal poder era absoluto e não havia limites para o seu detentor que, devido à hierarquização (do homem) vigente na época, só fazia aumentar os poderes do poder paterno.

Dessa forma, o próprio termo “*pátrio*”, traz em seu bojo a ideia de sociedade machista, conferindo apenas ao homem/marido o poder sobre os filhos, ficando a mulher totalmente à margem do direcionamento familiar.

Explana Paulo Lôbo (2011, p. 296-297) que:

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar; quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital.

A sociedade foi passando por mudanças, sendo que um importante marco ocorreu com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que promulgou a lei sobre o casamento civil e, em seu artigo 94¹⁸ traçou disposição que fez com que o pátrio poder perdesse a característica de pertencer exclusivamente ao homem, passando a conferir também à mulher viúva, desde que não contraísse novo matrimônio, a prerrogativa de exercer o pátrio poder em relação aos filhos.

Constituía motivo de perda do pátrio poder da mulher viúva a obtenção de um novo casamento, devido ao entendimento da época de que a mulher estaria totalmente ocupada com o novo relacionamento e filhos dele oriundo, de forma que não haveria tempo sequer para os filhos já existentes, ocorrendo, assim, negligência com relação aos mesmos.

Sob o amparo da Constituição Federal de 1891, entrou em vigor o Código Civil de 1916, primeiro ordenamento civil brasileiro, que preconizava que a

¹⁸ **Art. 94, Decreto 181/90.** Todavia, se o cônjuge falecido for o marido, e a mulher não for binubia, esta lhe sucederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto se conservar viúva. Se, porém, for binubia, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será admitida a administrar os bens dele, nem como tutora ou curadora.

entidade familiar deveria ser chefiada pelo marido, pessoa que dispunha de maiores habilidades para direcionar corretamente os interesses da pequena sociedade. Dessa forma, a família continuava sendo patriarcal.

A mulher era tida como relativamente incapaz e, assim sendo, conseqüentemente, o pátrio poder pertencia, primeiramente, ao marido. Acerca do assunto, dispõe Maria Berenice Dias (2011, p. 423) que:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao **marido** como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à **mulher** e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos.

A autoridade pertencia ao pai/marido, uma vez que a mulher casada dele dependia para praticamente todos os atos da vida civil. À mulher não era dado o direito de administrar seus próprios bens, bem como não poderia trabalhar fora do lar se não obtivesse autorização do seu cônjuge.

Nesse contexto, à mulher cabia um poder subsidiário em relação ao pátrio poder, pois de acordo com o artigo 380¹⁹ do Código Civil de 1916, ela só poderia exercê-lo na falta ou impedimento do marido.

Além da nítida discriminação existente entre homem e mulher, o Código Civil de 1916 também fazia distinção entre os filhos havidos por legítimos e ilegítimos, no tocante ao pátrio poder.

Em seu artigo 379²⁰, referido Código dispunha que apenas os filhos reconhecidos se submetiam ao poder paterno, não ocorrendo o mesmo com os filhos havidos fora do casamento, tidos por incestuosos, adulterinos ou espúrios. Estes últimos, não reconhecidos pelos pais, ficavam sob o poder da mãe, ocasião em que detinha a titularidade e integralidade do pátrio poder e, caso não fosse esta conhecida, ou então estivesse impossibilitada de exercer tal poder, era nomeado um tutor ao menor, nos moldes do artigo 383²¹, do Código Civil de 1916.

¹⁹ **Art. 380, CC/1916** - Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

²⁰ **Art. 379, CC/1916** – Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

²¹ **Art. 383, CC/1916** – O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

Em 1962, a Lei n.º 4.121, intitulada Estatuto da Mulher Casada, buscando igualar a mulher ao homem, ou pelo menos atenuar as diferenças existentes entre ambos, modificou a redação do artigo 380²² do Código Civil de 1916, que previa o homem como titular do pátrio poder, e a mulher como detentora do poder subsidiário.

A nova redação atribuiu a titularidade do pátrio poder aos dois genitores. Contudo, a mudança não foi, assim, tão radical, vez que o texto legislativo rezava que embora pertencente aos pais, o marido exerceria o poder com a colaboração da mulher, o que, na prática, em nada mudou, visto que o homem continuava incumbido, com predominância, do pátrio poder.

A presente ideia encontra reforço no parágrafo único²³ do citado artigo, onde, de acordo com o mesmo, em caso de divergência entre os genitores, no que concerne aos atos do pátrio poder, prevalecia a decisão do pai, cabendo à mãe o recurso ao judiciário, a fim de ver a controvérsia sanada.

Outra importante mudança advinda com o Estatuto da Mulher Casada foi a atinente ao artigo 393²⁴, do Código Civil de 1916, que estabelecia que a mulher viúva, ainda que contraísse novas núpcias, continuaria detentora do pátrio poder, não constituindo mais motivo de destituição a obtenção de novo matrimônio.

Contudo, profunda mudança, e quiçá a mais importante, ocorreu com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que instituiu a igualdade entre homens e mulheres, como se pode verificar da análise de seu artigo 5º, inciso I.

Essa igualdade refere-se a todos os campos, inclusive ao âmbito conjugal, onde, de acordo com o parágrafo 5º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, os direitos e deveres oriundos da sociedade conjugal são atribuídos a ambos, igualmente.

A Constituição em tela também reconheceu a existência de outras entidades familiares, diversas daquela oriunda do casamento, a qual faziam alusão

²²Após a modificação, o art. 380 passou a contar com a seguinte redação: “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.

²³**Art. 380, CC/1916** - [...]

Parágrafo único – Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

²⁴**Art. 393, CC/1916** – A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

as Constituições anteriores, e o próprio Código Civil de 1916. Isso foi de grande valia, vez que avançou consideravelmente no reconhecimento da igualdade entre as pessoas.

Resultado disso foi o reconhecimento de filhos, antes considerados ilegítimos, e a equiparação dos mesmos aos filhos legítimos, inclusive no que tange aos direitos. As expressões discriminatórias também foram proibidas, em decorrência da instituição da igualdade.

Com base nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, um novo modelo familiar foi construído, visto que o homem não mais estava à frente da sociedade conjugal, como autoridade máxima. Também as relações entre pais e filhos sofreram mudanças, e com elas, a visão do que seria o pátrio poder.

Como a Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico, a legislação infraconstitucional não teve outra saída, a não ser a adequação de seus dispositivos divergentes, ao preconizado na Lei Maior. Assim, muito do disposto no Código Civil de 1916 teve que ser readequado, visto que os preceitos incompatíveis foram automaticamente revogados pela nova ordem jurídica.

A respeito desse assunto, comenta Denise Damo Comel (2003, p.45-46) que:

O pátrio poder, então, fosse dentro ou fora do casamento, devia ser concebido como prerrogativa dos dois pais, em comum, e com relação a todo e qualquer filho, sem distinção alguma, uma vez que toda disposição que estabelecesse privilégio ou limitação injustificada para uns ou para outros estava revogada.

Dois anos após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, adentrou no ordenamento jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em seu artigo 21²⁵ procurou discorrer e regulamentar melhor o tema já sob a luz do princípio da igualdade.

Entretanto, como referido artigo fazia alusão ao Código Civil, ao dizer que o pátrio poder²⁶ deveria ser exercido “*na forma que dispuser a legislação civil*”,

²⁵ **Art. 21, ECA** - O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

²⁶ O termo “pátrio poder”, utilizado quando da entrada em vigor do ECA, foi substituído por poder familiar pela Lei n.º 12.010, de 2009.

urgente se fez a elaboração de um novo código, mais condizente com a realidade, vez que o Código Civil de 1916 encontrava-se em total discordância com os preceitos vigentes.

Contudo, apenas em 2002 passou a vigorar o novo Código Civil, que trouxe mudanças substanciais em seu texto, a fim de adequá-lo à nova dicção constitucional.

O termo “pátrio poder” já não encontra mais espaço no ordenamento jurídico, sendo substituído pela expressão “poder familiar”, e encontra regulamentação no Livro IV – Do Direito de Família, mais especificamente no Capítulo V – Do Poder Familiar.

Dessa forma, a concepção de pátrio poder foi sendo moldada de acordo com as mudanças sociais que foram ocorrendo, e hoje possui uma sistemática totalmente diferente daquela encontrada no direito romano, como se poderá verificar no decorrer do texto.

3.2 Poder Familiar no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, como já disposto, trata do poder familiar em seu Livro IV – Do Direito de Família, dentro do Capítulo V – Do Poder Familiar, que compreende os artigos 1.630 ao 1.638, além dos artigos 1.689 ao 1.693, que trata do usufruto e da administração dos bens de filhos menores, um dos deveres inerentes ao poder familiar.

Quando da análise dos referidos artigos, percebemos que a expressão “pátrio poder” cedeu lugar ao vocábulo “poder familiar”, que expressa melhor a ideia de igualdade entre os cônjuges. O termo pátrio poder faz referência à posição suprema da figura paterna no âmbito familiar e, em virtude das mudanças advindas com a CF/88, referida expressão encontra-se desatualizada.

Acerca da mudança de pátrio poder para poder familiar, dispõe Denise Damo Comel (2003, p. 54-55), que:

[...] não se substituiu o pátrio poder pelo poder familiar, mas, sim, se evoluiu de um para outro, tendo em conta os novos conceitos jurídicos e os valores

da sociedade brasileira, dentre os quais a igualdade entre os filhos, a prevalência dos interesses do menor, a função instrumental do poder familiar e a isonomia jurídica entre o homem e a mulher.

Parte da doutrina, que conta com a participação de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 413) e Paulo Lôbo (2011, p. 295), critica veemente a utilização da palavra “poder”, sob o argumento de que não se trata de um poder propriamente dito, mas sim de uma obrigação dos pais de zelar pelo melhor interesse dos filhos. Também a palavra “familiar” encontra-se deslocada, vez que a obrigação é dos pais, ou de quem detém o ônus da guarda, cuidado e educação da criança ou adolescente, não pertencendo a toda a família, como se depreende da interpretação do referido termo.

Dessa forma, tal expressão não reflete com exatidão a função do poder familiar.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 413), que:

A denominação “poder familiar” é mais apropriada que “pátrio poder” utilizada 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 ou psíquica, inerente ao poder.

Ainda no mesmo sentido, acrescenta Paulo Lôbo (2011, p. 295):

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder” [...]. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento.

Em contrapartida, há uma parcela da doutrina, da qual fazem parte Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 470) e Marco Túlio de Carvalho Rocha (2001, p. 212), que defende que a expressão mais adequada seria “autoridade parental”, pois os pais não exercem um poder sobre os filhos, como era antigamente, mas há, sim, entre eles, uma relação de respeito, de autoridade, no sentido de que os filhos devem obediência aos seus pais, enquanto a estes

incumbem a guarda e proteção dos filhos, sempre visando o melhor interesse destes.

Outro argumento é que a palavra “parental” também expressa de forma mais apropriada a igualdade instituída entre os pais, na educação e criação dos filhos, que constitui direitos e deveres dos mesmos para com a prole.

Assim, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 470) que:

A expressão que melhor identifica o instituto é a da *autoridade parental*, eis que destaca que os interesses dos pais estão condicionados ao melhor interesse do filho. Prestigia-se a noção de poder-função ou de direito-dever, representativa da encampação da orientação segundo a qual os bens jurídicos tutelados no Direito de Família devem ser funcionalizados ao atendimento dos interesses (especialmente existenciais) dos seus integrantes, mormente os das criança e adolescentes, na perspectiva de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações familiares.

Goza do mesmo entendimento Marco Túlio de Carvalho Rocha (2001, p. 212), ao dispor que:

Melhor, por isso, empregar-se a expressão “autoridade parental” para designar o conjunto de poderes e deveres atribuídos aos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não-emancipados, para assisti-los, criá-los e educá-los, como determina o artigo 229 da Constituição.

Face às críticas da doutrina acerca da conceituação mais adequada a ser utilizada, necessário se faz um desdobramento do real significado do poder familiar na sociedade atual, com o intuito de aclarar a explanação de sua importância no meio social.

3.2.1 Conceito

A legislação pátria não conceitua “poder familiar”, mas apenas regulamenta seu exercício no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, onde também constam as causas de suspensão e extinção do mesmo.

Entretanto, pode-se fazer uso da conceituação disposta por alguns doutrinadores, como por exemplo, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 387), que entendem o poder familiar como “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

Já nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 157), “define-se o poder familiar como o conjunto de obrigações a cargo dos pais no que toca à pessoa e bens dos filhos menores”.

Ainda, acrescenta Maria Helena Diniz (2011, p. 502), que o poder familiar é:

um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Verifica-se que, ao contrário do que ocorria no direito romano, o poder familiar, como hoje é concebido, traduz a ideia de um dever dos pais para com os filhos, e não mais uma relação de poder sobre os mesmos.

Contudo, importa saber que o poder familiar abrange apenas os filhos menores, que, de acordo com o artigo 5º²⁷ do Código Civil de 2002, é todo aquele que não possui, ainda, dezoito anos completos. Ainda que menor, não pode o filho ser emancipado, pois caso contrário não há que se falar em poder familiar.

O poder familiar é um *múnus* público, visto que o Estado impõe aos pais o dever de cuidar e proteger os filhos menores, a fim de que estes possam ter um desenvolvimento físico e psíquico saudável, o que resultará em um adulto consciente.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 413), que:

[...] o poder familiar nada mais é do que um *múnus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

²⁷ **Art. 5º, CC/2002** – A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Tem-se, portanto, que o poder familiar é um encargo conferido aos pais, com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente, sempre em consideração à situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, merecedora de atenção e cuidados especiais, cuja função social é proporcionar o desenvolvimento integral do filho menor.

Entretanto, objetivando complementar ainda mais o presente estudo, importa discorrer, ainda que de forma breve, sobre a natureza jurídica do poder familiar, o que auxiliará na compreensão do referido instituto.

3.2.2 Natureza jurídica

As pessoas são livres para agirem da forma que bem entendem e, assim sendo, caso resolvam formar uma família, ter um filho, ninguém pode opor obstáculos para tanto.

Todo ser humano, durante certo período, que constitui a infância e a adolescência, precisa de cuidados especiais, sendo de extrema importância a figura dos pais nessa fase da vida, que são os responsáveis pela guarda, educação, cuidados e alimentação para com os menores. Enfim, são os responsáveis pela proteção dos filhos até que os mesmos possam se proteger e se guiar por conta própria.

Esse período de dependência, por qual todo ser humano passa no início da vida, tem estreita relação com o poder familiar, vez que o Estado impõe aos pais o dever de zelar pelo bem estar dos filhos menores, propiciando-lhes um desenvolvimento pleno, a fim de que atinjam a idade adulta de forma satisfatória.

Dessa forma, resta evidente que o poder familiar tem sua origem no direito natural, constituindo um ônus decorrente de uma escolha feita pela própria pessoa.

A respeito de sua natureza jurídica, explica Denise Damo Comel (2003, p. 60):

Considere-se, inicialmente, que quem dá vida ao filho são os pais, por ato de vontade e de responsabilidade únicos e exclusivos, numa ordem que se

segue por força necessária e imperativa da natureza. Além do que, a condição natural e inevitável do filho é a dependência, situação essa que inicialmente é absoluta, praticamente de vida ou morte, diminuindo progressivamente com o passar do tempo até chegar à maturidade. Assim, o certo é que não há como dissociar do fato da procriação humana o subsequente cuidado com a prole, que surge como correlato necessário da paternidade.

E continua:

[...] a noção de uma obrigação dos pais de proteger e educar os filhos provém de uma racionalidade lógica que decorre das necessidades e inclinações próprias da pessoa humana. Nesse contexto, então, o poder familiar encontra sua razão primeira de existir no direito natural. (COMEL, 2003, p. 60).

Assim também entende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 469), ao dispor que:

Tradicionalmente, observa-se que o poder familiar resulta de uma necessidade “natural”, eis que todo ser humano precisa, durante sua infância, de alguém que tenha a regência de sua pessoa e de seu patrimônio. E, inelutavelmente, as pessoas mais indicadas para o exercício dessa missão são os pais.

Dessa forma, indubitável é o entendimento de que o poder familiar decorre de um direito natural, que tem seu surgimento em uma escolha livre da própria pessoa, que traz com ele direitos e deveres dos quais não se pode abrir mão.

Assim sendo, todos os envolvidos devem respeito ao preconizado pela lei, não podendo omitir-se de seus deveres, que teve origem numa escolha natural.

3.2.3 Titularidade do poder familiar

Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o poder familiar, como já exposto, tinha como titular o marido/pai, sendo que posteriormente passou este a contar com a ajuda da mulher, ainda que de forma subsidiária.

Com as mudanças advindas em decorrência da Constituição de 1988, que trouxe ao ordenamento jurídico o princípio da igualdade, a supremacia

masculina, antes imposta, foi demolida, cedendo lugar ao exercício, em igualdade de condições, tanto ao pai quanto à mãe, no tocante ao poder familiar.

Dessa forma, a Lei Maior equiparou ambos os pais, designando-lhes os mesmos direitos e deveres para com a prole comum, não sendo dado a nenhum dos genitores o direito de esquivar-se do compromisso existente entre eles e os filhos, no tocante à criação e cuidados com os mesmos.

O Código Civil, seguindo o mesmo rumo, declarou essa igualdade entre os pais em seu artigo 1.631²⁸, da mesma forma que já tinha feito o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21. Contudo, tal dispositivo ainda é falho, pois se por um lado inovou ao igualar os cônjuges, por outro lado pecou ao vincular o poder familiar ao casamento e à vigência da união estável.

Afirma Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 415-416), que:

*A redação do citado dispositivo tem sido criticada, pois o poder familiar não está necessariamente vinculado ao casamento. E, na união estável, enquanto não houver previsão legislativa, não vigora a presunção *pater is est*, dependendo a filiação jurídica do reconhecimento feito pelo genitor.*

Tanto a titularidade quanto o exercício do poder familiar são atribuídos a ambos os pais, desde que reconheçam seus filhos, e assim permanecem, ainda que venham a se separar, visto que aludido instituto nada tem a ver com o estado civil dos pais, mas decorre sim da relação pai/filho.

Em consonância estão as palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 305), ao afirmar que:

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas.

Dessa forma, a norma contida no referido dispositivo deve também ser aplicada a outros tipos de entidades familiares, ainda que seja o Código silente. Basta a identificação do sujeito como pai ou mãe do menor, para que detenha o poder familiar. Com base nesse entendimento, perfeitamente possível falar em

²⁸ **Art. 1.631, CC/2002** - Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

poder familiar na família monoparental, em que há a existência de apenas um dos genitores e a sua prole, como também na família homoafetiva.

O artigo 1.632²⁹ do Código Civil de 2002, por sua vez, dispõe sobre a situação de divórcio ou dissolução da união estável, caso em que a criança permanecerá com o genitor que detenha melhores condições de exercer o poder familiar. Entretanto, a titularidade, como o exercício do mesmo, continuarão pertencendo a ambos, visto que tal situação em nada muda a relação dos filhos com os pais.

No presente caso, o que ocorre é uma mitigação do poder familiar, e não a perda do mesmo por um dos genitores, pois o que detém a guarda dos filhos o exercerá com habitualidade, cabendo ao outro titular, também o exercício, porém de forma menos intensa.

Assevera Maria Berenice Dias (2011, p. 428) que:

A falta de **convivência** sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia (CC 1.632). Não ocorre **limitação** à titularidade do encargo, apenas restrição ao seu exercício, que dispõe de **gradação** de intensidade. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade.

Em caso de filho havido fora do casamento, que dá ensejo à família monoparental, a criança, se não for reconhecida pelo pai, permanecerá sob o poder exclusivo da mãe. Caso o pai, posteriormente, venha a reconhecê-la, então também passará a deter o poder em relação a ela. Sendo a mãe igualmente desconhecida, então será nomeado um tutor ao menor, que procederá com todos os atos, a fim de garantir o melhor interesse da criança, até que esta atinja a maioridade. É o que preconiza o artigo 1.633³⁰ do Código Civil.

Dessa forma, tem-se que o poder familiar cabe ao(s) genitor(es) que reconheça(m), nos moldes da lei (ou seja, com o registro), o filho, sendo que a partir desse momento passa(m) a deter os direitos e deveres para com o mesmo, os quais serão desvendados na sequência.

²⁹ **Art. 1.632, CC/2002** – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

³⁰ **Art. 1.633, CC/2002** – O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

3.2.4 Deveres decorrentes do poder familiar

Analisando o exposto até o presente momento, fácil se faz a percepção de que o poder familiar pertence exclusivamente aos pais, onde, pode-se dizer com certeza que estes figuram no pólo ativo de dado instituto, vez que cabe a eles os deveres inerentes aos cuidados com os filhos. Esse também é o entendimento que se tem a partir da leitura do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe o exercício do poder familiar apenas pelo pai e pela mãe.

Em contrapartida, e seguindo a mesma lógica, figuram no pólo passivo os filhos, já que são eles os detentores de atenção e cuidados especiais por parte dos genitores, incumbidos de zelar por eles, enquanto não podem fazê-los por si só.

Preconiza Maria Berenice Dias (2011, p. 425) que “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”.

É irrenunciável porque aos pais não é dado o direito de abdicar do poder familiar, uma vez que este provém do direito natural, e o seu exercício tem como finalidade única e exclusiva o bem-estar do filho menor.

Nas palavras de Denise Damo Comel (2003, p. 75):

[...] é irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular. Não se reconhece aos pais o direito de abrir mão do poder familiar segundo conveniências ou em proveito próprio. É de direito natural, aliás, que o poder familiar jamais pode terminar por vontade dos titulares.

A intransferibilidade diz respeito ao fato de que, sendo uma prerrogativa apenas do pai e da mãe, o poder familiar não pode ser repassado a terceiro. Tanto é verdade que dado instituto tem como uma de suas causas de extinção a morte de ambos os pais.

Já com relação à inalienabilidade, Maria Helena Diniz (2011, p. 503) diz que é “no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso”.

Por fim, é imprescritível porque, ainda que seus detentores não o utilizem, o poder familiar não prescreve, ou seja, não termina, salvo na ocorrência das hipóteses que serão mais à frente descritas.

A esse respeito, complementa Denise Damo Comel (2003, p. 76), aduzindo que:

[...] a imprescritibilidade, qualidade do que não prescreve, própria das coisas que não se podem apropriar individualmente, como é o caso do poder familiar. É imprescritível, então, o poder familiar, não se extinguindo com o não-exercício. Assim, por exemplo, ainda que os pais não exerçam por longos anos a prerrogativa de nomear tutor ao filho, poderão sempre fazê-lo, a qualquer tempo, desde que investidos na função.

Ensina, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 472), que “duas ordens de relações jurídicas se estabelecem, em decorrência da autoridade parental: relações pessoais – pertinentes às pessoas dos filhos menores; relações patrimoniais – pertinentes aos bens dos filhos menores”.

Significa dizer que o zelo por parte dos pais, com vistas ao melhor interesse dos filhos, não diz respeito apenas ao bem-estar psico-físico dos mesmos, mas também ao financeiro, cabendo aos genitores a administração dos bens dos menores, até que estes possam geri-los por conta própria.

O Código Civil pátrio traz, em seu artigo 1.634³¹, os direitos e deveres dos pais com relação à pessoa dos filhos, que abrangem o dever de criá-los, educá-los, tê-los em sua companhia e guarda, nomear-lhes tutor, dentre outros.

Em complemento ao assunto em tela, preleciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 471) que:

Para exercer regularmente tal poder-dever, impõe-se ainda aos pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, já que as condutas previstas no art. 1.634 do Código Civil representa o mínimo, sem excluir outras que evidenciem aquela finalidade.

³¹ **Art. 1.634, CC/2002** – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Mas não só o Código Civil trata dos direitos e deveres oriundos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos, como também a Constituição Federal, em seus artigos 227³² e 229³³, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que os mencionam em seu artigo 22³⁴.

Já no que concerne à esfera patrimonial, cabe aos pais o dever de administrar os bens dos filhos menores, que estão sob sua autoridade (artigo 1.689, inciso II, do Código Civil³⁵), como se seus fossem. Em contrapartida, possuem o direito ao usufruto dos mesmos, de acordo com o inciso I, do artigo 1.689³⁶, do Código Civil, entretanto, só podem fazer uso dos rendimentos necessários/suficientes para arcar com as despesas da família, sobretudo dos filhos, a quem a lei guarda os interesses.

Aos pais cabe o dever de manutenção e incremento do patrimônio pertencente ao filho, sendo vedados os atos que o diminuam, salvo em caso de estrita necessidade e, ainda assim, mediante autorização judicial, demonstrando que tal ato visa ao melhor interesse do menor, conforme descrito no artigo 1.691³⁷ do Código Civil. Caso assim não proceda, pode haver até mesmo a suspensão do poder familiar do genitor infrator, em decorrência da inobservância de seus deveres.

Explana Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 589), que “essa limitação da autonomia da vontade dos pais na administração dos bens se justifica exatamente pela busca da preservação dos interesses dos menores”.

Em caso de divergência entre os interesses dos pais e dos filhos, deverá ser nomeado curador especial para aquele caso específico (*ad hoc*), nos

³² **Art. 227, CF/88** – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³³ **Art. 229, CF/88** - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³⁴ **Art. 22, ECA** – 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.

³⁵ **Art. 1.689, CC/2002** – O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:
II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

³⁶ **Art. 1.689, CC/2002** – O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:
I – são usufrutuários dos bens dos filhos.

³⁷ **Art. 1.691, CC/2002** – 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 evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

termos do artigo 1.692³⁸, do Código Civil, o que poderá ocorrer tanto a requerimento do próprio filho, quanto do Ministério Público.

Embora caiba aos pais a administração dos bens dos filhos, alguns destes estão excluídos, tanto da administração quanto do usufruto dos pais. São eles os descritos no artigo 1.693, e incisos³⁹, do Código Civil de 2002.

Findo o poder familiar, mediante a ocorrência de uma das causas que serão mais à frente expostas, os bens que antes estavam sob a administração dos pais, deverão ser entregues aos filhos.

Assim leciona Maria Berenice Dias (2011, p. 433), ao afirmar que:

Atingindo o filho a maioridade, os bens lhe são entregues com os seus acréscimos, não tendo ele direito de pedir que o genitor lhe preste contas. Em contrapartida, o pai também não pode exigir qualquer remuneração pelo trabalho desempenhado.

Entende-se, com base no exposto, que o poder familiar tem um início e um fim, que pode ocorrer devido causas extintivas naturais, como também por decisão judicial, devido infringência dos pais às exigências impostas pelo Estado, acarretando, estas últimas, em suspensão ou perda do poder familiar.

Devido sua importância, tais causas passarão, agora, a serem analisadas.

3.2.5 Da suspensão, perda e extinção do poder familiar

O poder familiar, como dito acima, constitui um *múnus* público, porque impregnado de elementos de ordem pública. Dessa forma, cabe ao Estado à fiscalização frente aos pais, como forma de garantir que os mesmos ajam de acordo com o preceituado na lei, com vistas ao melhor interesse dos menores.

³⁸ **Art. 1.692, CC/2002** – Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.

³⁹ **Art. 1.693, CC/2002** – Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

- I – os bens adquiridos pelo filho havido 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 ao filho, 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.

Caso se verifique a ocorrência de algum ato contrário ao disposto no ordenamento jurídico, e que demonstre incompatibilidade com o exercício do poder familiar, o Estado, na ânsia de proteger o menor, detém a prerrogativa de suspender ou até mesmo extinguir aludido poder face ao pai infrator.

Em outras palavras, são hipóteses em que o Estado intervém no núcleo familiar, visando à manutenção e o respeito ao interesse dos filhos, quando há desrespeito de um ou ambos os pais quanto aos deveres que decorrem do poder familiar.

Maria Berenice Dias (2011, p. 433-434) discorre que “é prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o poder Público de afastá-los do convívio de seus pais”.

Entretanto, ainda que haja a perda ou suspensão do poder familiar, o pai/mãe não se exonera da obrigação de prestar alimentos, pois caso contrário tal ato seria tido como uma recompensa, vez que estaria o pai infrator livre de qualquer ônus em relação ao filho.

O dever de prestar alimentos só não mais existirá caso a criança seja adotada por outra família, ocasião em que o poder familiar passará a pertencer exclusivamente aos novos pais, deixando os antigos de ter qualquer ligação com a criança ou adolescente.

Embora descritos na lei, Maria Berenice Dias entende que as causas de extinção e suspensão não constituem um rol taxativo, podendo o juiz decretá-las com base em causas outras, diversas das trazidas no corpo legislativo, de acordo com o caso concreto (2011, p. 434).

Contudo, a fim de se ter um entendimento mais amplo das causas de suspensão, perda e extinção do poder familiar, necessário se faz uma análise pormenorizada e separada de cada uma.

3.2.5.1 Da suspensão

A suspensão do poder familiar é medida menos gravosa, e tem previsão expressa no artigo 1.637, e parágrafo único⁴⁰, do Código Civil.

Aduz Paulo Lôbo (2011, p. 307) que “as hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza do poder familiar”.

A primeira causa de suspensão faz referência ao abuso de autoridade, que pode ser entendido como o ato do pai/mãe que extrapole o dever conferido pela lei aos mesmos, ou o seu uso de forma inadequada.

Já em relação à condenação de um dos pais (ou de ambos), por sentença irrecorrível, em virtude da prática de crime cuja pena máxima ultrapasse dois anos de prisão, a suspensão se dará apenas enquanto perdurar o cumprimento da pena, e ainda assim se o crime não houver sido cometido contra o filho. Caso seja o filho o sujeito passivo do crime, deverá, então, ser decretada a perda do poder familiar, e não a simples suspensão, por ser medida mais grave.

Contudo, assevera Denise Damo Comel (2003, p. 275) que a determinação da suspensão do poder familiar, em todo caso em que haja a condenação do genitor na forma descrita, é incompatível com o princípio da proteção integral do menor, pois,

Ainda que a conduta criminosa seja reprovável, não se pode reputar que sempre indicará falta de condições do apenado para exercer o poder familiar, senão cada caso deverá ser apreciado judicialmente, para que, sempre no interesse e em benefício do menor, sejam tomadas as medidas cabíveis.

E continua, mais à frente, explanando que:

[...] o mínimo da pena a que se refere o parágrafo único do art. 1.637 do CC não implica obrigatoriedade de imposição de regime fechado ou semi-aberto, o que, de fato, impossibilitaria ao condenado exercer a função. A lei prevê a possibilidade de ser cumprida em regime aberto a pena igual ou

⁴⁰ **Art. 1.637, CC/2002** – 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, a requerimento de algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

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

inferior a 4 anos, além de outros benefícios legais como a substituição por pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou a suspensão condicional da pena. (COMEL, 2003, p. 275).

Dessa forma, é possível o entendimento de que, sendo o pai condenado, irrecorrivelmente, à pena superior a dois anos, devendo a mesma ser cumprida em regime fechado, o poder familiar será suspenso em relação ao mesmo, devido à falta de condições de exercê-lo. Contudo, caso seja a pena convertida em restritiva de direitos, ou caiba o cumprimento em regime aberto, ou ainda, seja decretada alguma outra forma que não impossibilite o exercício do poder familiar, a suspensão não deverá ser decretada, em decorrência de resguardar o melhor interesse do menor.

Apesar de todas as possibilidades, é com base no caso concreto e em suas peculiaridades que se deverá decretar ou não a suspensão do poder familiar.

Também haverá a suspensão quando houver a decretação judicial de interdição ou ausência de um dos genitores, devido a incompatibilidade com o exercício do poder familiar (COMEL, 2003, p. 270).

A lei não impõe a suspensão como uma obrigatoriedade, facultando ao juiz a sua decretação. Dessa forma, nítido se faz o entendimento de que, ocorrendo uma das hipóteses elencadas no referido artigo, o magistrado pode aplicar outras medidas, não devendo, necessariamente, suspender o poder familiar.

É também característica da suspensão a temporariedade, devendo perdurar apenas enquanto presentes os motivos que a ensejaram, uma vez que o seu objetivo é a manutenção da segurança dos filhos menores e seus interesses.

Acerca de tal característica, aduz Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 433) que:

A suspensão é *temporária*, perdurando somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício. A lei não estabelece o limite de tempo. Será aquele que, na visão do julgador, seja conveniente aos interesses do menor.

Dessa forma, tal medida pode ser revogada quando cessarem os atos que a motivaram, sempre em atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, ocasião em que o genitor, antes suspenso do poder familiar, readquire

seu exercício, plenamente ou de acordo com restrições ocasionalmente impostas pelo juiz.

A suspensão pode ocorrer apenas em relação a alguns atributos do poder, bem como em relação a todos. Assim, também pode ser decretada apenas em relação a um filho, como a todos. O caso concreto que dirá.

Leciona Paulo Lôbo (2011, p. 307) que:

A suspensão em relação a um dos pais concentra o exercício do poder familiar no outro, salvo se for incapaz ou falecido, para o que se nomeará tutor. A suspensão total priva o pai ou a mãe de todos os direitos que emanam do poder familiar.

Caso a suspensão acometa os dois genitores, deverá ser nomeado um curador ao menor para o período da suspensão, em decorrência do artigo 142⁴¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴².

3.2.5.2 Da perda

Medida mais gravosa é a perda do poder familiar que, ao contrário da suspensão, é uma imposição da lei, e não uma faculdade do juiz, devendo ser aplicada na ocorrência de uma das causas elencadas no artigo 1.638⁴³ do Código Civil.

O inciso I faz alusão ao castigo imoderado, deixando brecha quanto ao castigo moderado e à ideia de sua permissão. Contudo, a inviolabilidade da pessoa humana é direito fundamental, e a própria Constituição, em seu artigo 227,

⁴¹ **Art. 142, ECA** – Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

⁴² A idade de vinte e um anos, descrito no artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser substituída por dezoito anos, em decorrência da mudança legislativa que diminuiu para dezoito anos a maioridade, como consta no artigo 5º do Código Civil de 2002.

⁴³ **Art. 1.638, CC/2002** – 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.

preconiza que é dever da família proteger o filho. Dessa forma, nem mesmo aos pais é dada a prerrogativa de violar tal direito, ainda que se trate de castigo moderado.

A respeito de tal assunto, expõe Paulo Lôbo (2011, p. 309):

Como resquício do antigo pátrio poder, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo “moderado” dos filhos. O Código Civil, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. [...]. O art. 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. A detenção em situações desarrazoadas é manifestamente castigo imoderado, ou crime de cárcere privado. Note-se que a Constituição (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo [...].

O inciso II faz referência ao ato de abandonar o filho, sendo que o abandono pode ser tanto material, quanto moral e intelectual.

Entretanto, o fato da criança pertencer à família carente, em que se observa a falta de recursos materiais, não é motivo suficiente para decretar a perda do poder familiar, devendo o Poder Público desenvolver programas de auxílio à essas famílias, a fim de solucionar o problema (GAMA, 2008, p. 479).

A prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, descritos no inciso III, constitui ato que acarreta a perda do poder familiar em decorrência da influência negativa que exercem na pessoa do menor, contaminando, assim, sua formação moral e psicológica.

Por fim, o inciso IV traz como uma das causas de perda do poder familiar a incidência, desde que reiterada, nas faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil de 2002, e que já foram mais acima explanadas.

Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 386) assevera que “a reincidência no descumprimento, entretanto, deve ser prejudicial aos filhos, colocando-os em risco, para justificar a medida extrema de perda do poder familiar”.

A perda do poder familiar só se dá mediante decretação do juiz, após procedimento contraditório, nos termos do artigo 24⁴⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma vez decretada, não pode o poder familiar ser restabelecido, vez que tal ato constitui uma das formas de extinção do aludido poder, descrito no inciso V⁴⁵, do artigo 1.635, do Código Civil de 2002, e que, por sua vez, não admite revogação, como se verificará logo abaixo.

Embora as causas acima descritas coloquem fim ao poder familiar, outras existem no ordenamento jurídico, que extinguem, também de forma definitiva, o poder inerente aos pais, e que passarão agora a ser explicitadas.

3.2.5.3 Da extinção

A extinção do poder familiar, que é a perda definitiva dos poderes inerentes, incide na ocorrência das hipóteses descritas no artigo 1.635⁴⁶ do Código Civil.

São situações em que a extinção se dá por causas naturais, independentemente da vontade dos pais, e não em decorrência de uma ordem judicial, como punição ao pai que não observou as regras impostas pela lei, com vistas ao melhor interesse do filho.

Assim entende Denise Damo Comel (2003, p. 299), ao dizer que:

A extinção do poder familiar, por sua vez, é isenta de qualquer conotação punitiva, uma vez que não é motivada por descumprimento ou falta aos deveres paternos. Ocorre em virtude de fatos certos e previamente

⁴⁴ **Art. 24, ECA** – A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

⁴⁵ **Art. 1.635, CC/2002** – Extingue-se o poder familiar:
[...]

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

⁴⁶ **Art. 1.635, CC/2002** – Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

estabelecidos no ordenamento jurídico que, para o fim de extinguir o poder familiar, independem da vontade dos pais.

O inciso I do referido artigo retrata a hipótese em que ocorre a perda do objeto, ou seja, com a morte de ambos os pais (titulares), ou do filho (destinatário), não há mais em que se falar em poder familiar, visto que são estes os únicos sujeitos (ativo e passivo) englobados pelo aludido poder.

Entretanto, o encargo só cessará se houver o falecimento de ambos os genitores, pois caso contrário, o pai sobrevivente deterá o poder com exclusividade.

Aluísio Santiago Júnior (1998, p. 318) explica que:

É natural que a morte traga a extinção, porquanto desaparece o sujeito ativo do direito. Mas, o falecimento de um dos progenitores somente faz cessar o encargo quanto ao que falecer, perdurando com o outro. Unicamente com a morte de ambos os pais, ou do filho, dá-se a extinção, impondo-se, então, que se nomeie tutor ao menor.

A emancipação, descrita no inciso II, extingue o poder familiar devido ao fato do filho ter atingido a capacidade plena, não necessitando mais de cuidados especiais por parte dos pais, valendo-se por si próprio.

Para tanto, é imprescindível a concordância de ambos os pais, e se faz necessário um instrumento público, não havendo a exigibilidade de homologação judicial. Contudo, a emancipação também pode ser decretada pelo juiz.

A maioridade, que se dá quando o filho atinge 18 (dezoito) anos, também exonera os pais quanto aos deveres inerentes ao poder familiar. As causas são as mesmas descritas no inciso II, ou seja, o atingimento pelo filho da capacidade plena, ocasião em que pode, por si, proceder a todos os atos da vida civil.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 316) explica que “a maioridade é a forma normal de extinção do poder familiar”.

O inciso IV reporta-se à adoção. Nesse caso, o poder familiar é extinto em relação aos pais originários, mas não em relação ao filho, que continuará sob o poder, só que agora dos pais adotivos.

Discorre Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 428) que “tal circunstância é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento daquele se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular”.

Por fim, o inciso V traz a hipótese de perda do poder familiar por decisão judicial, que se dá na ocorrência de uma das causas descritas no artigo 1.638 do Código Civil, o que já foi acima exposto.

A esse respeito, assevera Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 381) que:

A última hipótese de extinção do poder familiar, por decisão judicial, incluída pelo atual Código Civil, não é definitiva porque admite-se que a medida seja revogada, diversamente dos demais casos que possuem caráter permanente. A doutrina orienta que mesmo decretada judicialmente a perda, o poder familiar pode ser restabelecido aos pais se, comprovadamente, não mais subsistirem os motivos autorizadores, exceto se o menor foi adotado ou o restabelecimento não for recomendável.

Dessa forma, com base no exposto, é fácil perceber que o poder familiar tem causas extintivas com base no desaparecimento de algum elemento ensejador do poder familiar, não podendo os pais opor-se ao seu fim.

4 DA FILIAÇÃO

Muito se tem falado no poder familiar, que é o poder-dever atribuído aos pais, face aos filhos, visando o melhor interesse destes. Contudo, importa saber quem pode ser considerado filho, ou seja, mister se faz um estudo referente à filiação.

Oportuno salientar que, em meados do século XX, havia explícita distinção entre os filhos, classificados em legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos, conforme a sua origem.

Legítimos eram os filhos concebidos na constância do casamento, ou seja, tinham sua origem na família matrimonializada, também chamada “família legítima”, sendo que esta era a única instituição familiar tida como merecedora da proteção jurídica estatal. (GAMA, 2008, p. 331-332).

Dessa forma, e seguindo o mesmo pensamento, apenas os filhos oriundos da relação matrimonial eram detentores de direitos e da proteção estatal, pois a procriação só era aceita única e exclusivamente dentro do seio familiar.

Filhos legitimados, nas palavras de Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 290), “eram os concebidos ou nascidos antes do casamento dos pais, portanto, eram ilegítimos que se legitimaram após o matrimônio”.

Os considerados ilegítimos, por sua vez, eram os concebidos fora da constância do casamento, e eram divididos em duas esferas: naturais e espúrios.

Os ilegítimos naturais eram filhos de pessoas que, embora não fossem casadas, não havia qualquer impedimento para o ato matrimonial, ou então os pais eram separados judicialmente.

Em contrapartida, os filhos ilegítimos espúrios, eram aqueles cujos pais estavam impedidos de casar, seja porque um deles já era casado, quando então o filho era denominado adúltero, seja porque o impedimento era resultado de um parentesco havido entre ambos, sendo então o filho taxado de incestuoso.

Por fim, os filhos adotivos, oriundos de uma relação civil, eram os resultantes da adoção, e possuíam direitos diversos daqueles concedidos aos filhos consanguíneos. (CARVALHO, 2009, p. 290).

Em relação aos filhos ilegítimos, o ato de se conceber um filho fora do casamento era ato desonroso, passível de vergonha e repúdio. Entretanto, o repúdio a tal ato não recaía sobre a pessoa do genitor, que o deu causa, mas sim sobre o seu fruto, qual seja, o filho, que sofria diminuição por parte da lei e até mesmo da sociedade, frente aos filhos legítimos.

Explica Maria Berenice Dias (2011, p. 355) que:

O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição matrimônio. Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime – infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar.

Com o advento do Decreto-lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, e da Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, possível se tornou o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. Contudo, tal ato só poderia proceder caso o genitor tivesse o casamento dissolvido.

Mesmo com o reconhecimento, o filho, para todos os efeitos, ainda era denominado como ilegítimo, visto que carregava consigo essa denominação mesmo no registro, persistindo as diferenças quanto aos legítimos.

O reconhecimento possibilitava o recebimento da herança do pai, como forma de amparo social. Entretanto, a desigualdade prevalecia no sentido de que o filho teria direito apenas à metade do percebido pelo filho considerado legítimo, nos termos do artigo 1.605, parágrafo 1º⁴⁷, do Código Civil de 1916.

A novidade legislativa também possibilitou ao filho a investigação de paternidade, com o intuito exclusivo de pedir alimentos ao pai, caso precisasse, e ainda assim a ação deveria correr em segredo de justiça, pois a concepção de filho fora do casamento ainda era tido como algo vergonhoso, desonroso.

O Direito de Família brasileiro foi evoluindo paulatinamente, até atingir seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que cerceou a desigualdade entre os filhos, devido à instituição do princípio da igualdade entre as pessoas, contido no

⁴⁷ **Art. 1.0605, CC/1916** – [...]

§ 1º – Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento.

parágrafo 6º, do artigo 227, que proibiu a discriminação em suas mais variadas formas, independentemente da prole ter origem no casamento ou não.

O advento da Lei Maior rompeu com o modelo clássico da concepção humana ao admitir outras formas de filiação, reconhecendo não apenas os filhos providos da relação matrimonial, como também os demais.

Apesar da inovação, o Código Civil vigente à época, que proibiu o reconhecimento dos filhos espúrios, só teve a sua concepção acerca do assunto modificada no ano de 1989, com a Lei n.º 7.841, que revogou expressamente o artigo 358⁴⁸ do Código, que dispunha que os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos.

Aduz Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 338), que:

Ainda que assim não o fosse, o art. 20 da Lei n.º 8.069/90 – o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) – expressamente repetiu o mesmo preceito constitucional no sentido de que *os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.* (Grifo no original).

O Código Civil de 2002 reforçou tal entendimento ao transcrever, com idênticas palavras, em seu artigo 1.596, o disposto no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirmando, assim, a posição constitucional de fundamento da referida norma.

Apesar das mudanças ocorridas no ordenamento jurídico, a distinção entre filiação matrimonial e extramatrimonial ainda é utilizada, cabendo ressaltar que de forma didática, para auxiliar o entendimento acerca do assunto. Assim é, porque a instituição familiar formada pelo matrimônio ainda detém a sua importância em alguns quesitos, principalmente no tocante aos filhos, visto que a sua ocorrência gera presunção no que concerne à paternidade, como será mais à frente exposto.

Contudo, antes de se adentrar na aludida discussão, importante se faz conceituar o termo “filiação”, objetivando situar melhor o leitor acerca do tema que será exposto.

⁴⁸ **Art. 358, CC/1916** – Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

4.1 Definição

A doutrina explica a filiação como sendo o vínculo jurídico e afetivo existente entre pais e filhos, do qual decorrem inúmeros efeitos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 364), “filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e atribui reciprocamente direitos e deveres”.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 318) aduz que, a “*filiação* é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”.

Ambos concordam que se trata de um parentesco, sendo esta a forma mais importante de relação humana, pois é daí que se extrairá a noção de família.

Antigamente, a única parentalidade reconhecida era a decorrente da consanguinidade. Contudo, esse critério não é dos melhores, visto que exclui outros vínculos de parentesco.

Foi daí que surgiu a ideia de parentesco civil, como uma forma de estender a parentalidade também a outras pessoas que não aquelas que possuem o laço consanguíneo, como ocorre em caso de adoção, na posse de estado de filho, e até mesmo em algumas formas de reprodução assistida, como a heteróloga.

Assim, discorre Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 346), que a filiação pode ser biológica (aquela relacionada à verdade biológica, à genética, ou em outras palavras, aos laços consanguíneos), legal (também chamada de jurídica) ou afetiva (tem por base os laços socioafetivos e prevalece, muitas vezes, sobre as formas anteriores de filiação).

Tem-se, portanto, com base no exposto, que filiação é a relação entre pessoas de uma mesma família, mais precisamente entre pai-filho e mãe-filho, podendo ter origem na consanguinidade ou na afetividade, abrangendo o filho biológico, o adotivo, o vinculado mediante posse de estado de filho, bem como o concebido através de inseminação artificial heteróloga, sendo que dessa ligação pode-se extrair as denominações paternidade-filiação e maternidade-filiação.

4.2 Classificação da Filiação

A filiação pode ser dividida em matrimonial, quando a concepção dos filhos se dá na constância do casamento; e extramatrimonial, quando os filhos são advindos de pessoas que não estão casadas entre si, seja em decorrência de algum impedimento, ou por um ato de vontade mesmo.

Apesar dessa separação, a distinção tem apenas conotação didática, vez que a Constituição Federal do Brasil veda qualquer tipo de diferenciação ou discriminação entre os filhos, pois, como aduz Maria Helena Diniz (2011, p. 488), “os filhos, havidos ou não do matrimônio, têm os mesmos direitos e qualificações, sendo *proibidas quaisquer designações discriminatórias* (CC, art. 1.596)”. (Grifo no original).

Na prática, diferenças não há entre uma espécie e outra de filiação, sendo todas equiparadas. Havendo o vínculo entre os pais e os filhos, impossível se torna a atribuição de qualquer distinção entre eles, independentemente de sua origem.

4.2.1 Filiação matrimonial

Filiação matrimonial é o vínculo existente entre pais e filhos concebidos na constância do casamento, ou nos prazos previstos nos incisos do artigo 1.597⁴⁹ do Código Civil.

⁴⁹ **Art. 1.597, CC/2002** – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
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.

A maternidade, normalmente, não se presume, sendo esta certa (*mater semper certa est*⁵⁰), devido sinais inequívocos, como a gravidez e o parto, sendo mãe, então, a pessoa que deu à luz.

Entretanto, no que tange à paternidade, difícil se faz atribuir, com exatidão, a titularidade a alguém. Devido a isso, o ordenamento jurídico se vale de presunções, em certos casos, como o casamento, por exemplo, atribuindo ao marido da mãe a titularidade de pai da criança, até prova em contrário.

Aduz Maria Berenice Dias (2011, p. 361) que, “o nascimento dentro de um casamento imputa a paternidade jurídica presumida ao marido. Aliás, o que presume a lei, de fato, nem é o estado de filiação, mas a **fidelidade** da esposa ao seu marido”. (Grifo no original).

Os incisos I e II do referido artigo estipulam que a criança nascida pelo menos cento e oitenta dias após a convivência conjugal, ou trezentos dias após a sua dissolução, são consideradas concebidas na constância do casamento, daí a presunção de paternidade do marido da genitora.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 228) explana que:

A lei presume a filiação com fundamento nos dados científicos. Desse modo, se o filho nasceu até seis meses após o casamento, presumimos ser legítimo. Se o nascimento ocorrer antes dos 180 dias, não opera a presunção. Entendemos que é de seis meses o período mínimo de gestação viável. Fora desses períodos, ainda que possam ocorrer nascimentos, a presunção não opera.

A presunção se dá devido à convivência e existência de relação sexual entre os cônjuges, e encontra sua razão de ser na proteção da criança.

Contudo, a lei não estende tal presunção à união estável, incorrendo em erro o legislador, pois se ao marido, na constância do casamento, é atribuída a paternidade, devido ao relacionamento sexual que este, presumidamente, mantém com a mulher, da mesma forma deve se dar com a união estável, com as mesmas presunções.

⁵⁰A maternidade é sempre certa.

Ainda que a mulher alegue práticas de adultério, isso de nada vale para ilidir a presunção de paternidade do marido, nos termos dos arts. 1.600⁵¹ e 1.602⁵² do Código Civil.

Dimas Messias de Carvalho (2009, p.304) leciona que assim é “porque, nessas hipóteses, mesmo com dúvidas em razão do adultério, existem possibilidade de que o marido é o pai ou, ainda, a existência de interesses materiais ou sentimentos reprováveis da mulher para atingir o marido e o filho”.

Todavia, essa presunção não é absoluta, mas sim relativa, pois o marido/pai pode elidi-la, provando o contrário.

Ao marido é assistido o direito de contestar a paternidade a qualquer tempo, através da ação negatória de paternidade, vez que tal ação é imprescritível. De acordo com o artigo 1.601 e parágrafo único⁵³, apenas o marido detém legitimidade para a propositura da ação, sendo que, após intentada, caso venha a falecer, seus herdeiros podem dar continuidade a ela.

A respeito da contestação da paternidade, alegam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 616) que:

Não é qualquer prova que autoriza o afastamento da presunção de paternidade, não se admitindo tal contestação com base em alegações circunstanciais (decorrentes do adultério feminino) ou mesmo na confissão expressa da mulher de que o filho, supostamente, não seria do marido. De qualquer forma, em determinadas situações, a presunção de paternidade decorrente do matrimônio poderá quedar-se.

A citada ação só poderá ser proposta caso não fique comprovada formação de paternidade socioafetiva da criança com o marido da mãe que, mesmo sabendo (ou desconfiando) que o filho não era seu biologicamente, aceitou a situação e agiu como se pai fosse.

Assim, a paternidade só pode ser negada caso o suposto pai comprove erro no acolhimento da criança como sendo sua, e desde que entre eles não tenha,

⁵¹ **Art. 1.600, CC/2002** – Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

⁵² **Art. 1.602, CC/2002** – Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

⁵³ **Art. 1.601, CC/2002** – Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único – Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

ainda, se formado o laço paterno-filial decorrente da socioafetividade, que contém uma importância maior que os laços biológicos.

A respeito do assunto, elucida Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 305) que:

Se o marido da mulher sabe que o filho não é seu e escolheu ser pai, registrando-o como filho no assento civil, ou ainda, se posteriormente descobre não ser o pai biológico e aceita a paternidade jurídica, não pode posteriormente, especialmente em razão de separação com a mulher, pretender desconstituir a paternidade consolidada no afeto. [...] é necessário demonstrar, ao negar a paternidade, que o pai registral foi induzido em erro ao acolher o menor como filho e não se estabeleceu entre eles relação paterno-filial afetiva.

A mãe, por sua vez, também pode contestar a maternidade em certas ocasiões, mas desde que prove a falsidade constante no termo de nascimento do filho, de acordo com o disposto no artigo 1.608⁵⁴ do Código Civil, podendo alegar troca de bebês no hospital; erro ou dolo no ato registrário; troca de embriões na reprodução assistida, etc.

Além das formas de concepção dissertadas mais acima, outras existem, como a reprodução assistida que, ao invés de ter origem na relação sexual, tem como ponto de partida a manipulação dos gametas masculino e feminino fora do corpo.

Devido ao fato de sua ocorrência também originar filhos presumidos na constância do casamento, com previsão, inclusive, no citado artigo 1.597 do Código Civil, merecedor se faz de atenção particular, até mesmo pelas peculiaridades que rodeiam o tema, motivo pelo qual será exposto no item subsequente.

⁵⁴ **Art. 1.608, CC/2002** – Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

4.2.1.1 Reprodução assistida

A Constituição Federal apregoa, em seu artigo 226, parágrafo 7º⁵⁵, que é livre o planejamento familiar, sendo vedado ao Estado qualquer tipo de interferência no tocante ao tema.

Dessa forma, caso não possa ter filhos, em decorrência de diversos fatores, o casal pode se socorrer da medicina, que hoje detém diferentes formas de reprodução assistida. Porém, caso decidam fazer uso de tais técnicas, alguns limites impostos pela lei devem ser observados, como por exemplo, o desejo de ambos de conceber uma criança fazendo uso da medicina.

Uma das técnicas que pode ser utilizada é a reprodução homóloga, que consiste na manipulação dos gametas do próprio casal, ou seja, o útero e o sêmen pertencem à mulher e ao marido.

Essa forma de concepção é prevista nos incisos III e IV, do artigo 1.597 do Código Civil, e também trata da presunção de filhos concebidos na constância do casamento.

Como se verifica da leitura do citado dispositivo, não é necessário a concordância expressa do marido, visto que se o mesmo doou o esperma, é porque está de acordo com a prática natalícia.

Contudo, isso vale para o marido vivo, pois caso venha a falecer, a fecundação artificial só poderá ocorrer caso haja expressa concordância deste, pois, ainda que tenha fornecido o sêmen, tal ato não comprova que era desejo do genitor ser pai mesmo após a morte.

O presente entendimento encontra reforço nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 367-368), ao aduzir que:

A cláusula “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada tão somente para fins do estabelecimento da paternidade, observado o prazo limite de 300 dias da morte do varão. O permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização in vitro post mortem seja autorizada ou estimulada. Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como

⁵⁵ **Art. 226, CF/88** – [...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

presumir o consentimento para a inseminação post mortem. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento.

A geração de uma criança acarreta uma série de direitos e deveres, que devem ser observados. Daí a cautela em se assegurar que era desejo do marido, mesmo após a sua morte, a concepção de um filho.

Nesse sentido, o Enunciado n.º 106, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Quanto aos embriões excedentários, que são os resultantes da manipulação genética, sem, contudo terem sido introduzidos no ventre materno, dispõe o Enunciado 107 do Conselho de Justiça Federal que:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

A concepção desses embriões só pode ocorrer por reprodução homóloga, sendo vedada a utilização por pessoas que não sejam os doadores genéticos. (LÔBO, 2011, p. 223).

Por fim, a última presunção de concepção na constância do casamento, são os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, que é aquela em que se utiliza o esperma de um doador anônimo, e não o do marido. Contudo, necessário se faz a concordância deste para a prática de tal ato, como consta no inciso V, do artigo 1.597, do Código Civil de 2002.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 326), que “a lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu”.

Aqui, como no caso de reprodução homóloga, não há a exigência de autorização escrita, bastando a simples concordância do marido.

O marido, ao concordar com a inseminação artificial, declara a vontade de ser pai e, conseqüentemente, a paternidade. Ele sabe que o filho, biologicamente, não pertence a ele, sendo o caso de paternidade socioafetiva.

Aduz Maria Berenice Dias (2011, p. 369) que,

Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de **presunção absoluta** de **paternidade socioafetiva**. [...]. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico.

Dessa forma, o marido, agora pai, assume uma obrigação com a criança que vai nascer, não cabendo a ele ação negatória de paternidade.

Ocorre que a autorização do marido não é eterna, desaparecendo a mesma com o rompimento do vínculo conjugal. Se, porém, quando do divórcio o embrião já estava implantado, não há que se falar em discordância, devendo o ex-marido arcar com os deveres da paternidade para com o nascituro.

Embora a Constituição Federal tenha vedado qualquer tipo de discriminação entre os filhos, algumas diferenças ainda persistem, como por exemplo, a presunção de paternidade, que existe quando os filhos são concebidos na constância do casamento, não tem vez face os filhos havidos fora dele, sendo necessário o reconhecimento por parte do genitor, como se poderá verificar adiante.

4.2.2 Filiação extramatrimonial

A filiação extramatrimonial diz respeito aos filhos concebidos fora do casamento, seja porque os pais estão impedidos de casar, seja por um ato de vontade.

A esses filhos não é concedida a presunção legal de paternidade, desfrutada pelos filhos matrimoniais, como exposto mais acima, sendo necessário o reconhecimento da paternidade/maternidade, que pode ocorrer de forma voluntária ou judicial.

Acerca da relação entre o filho extramatrimonial e seus genitores, explica Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 340) que:

Embora entre ele e seu pai exista o vínculo biológico, falta o vínculo jurídico de parentesco, que só surge com o reconhecimento. Se tal ato não se realiza voluntariamente, assegura-se ao filho o reconhecimento judicial por meio da ação de investigação de paternidade.

Nesse caso, o parentesco só existirá com o reconhecimento do filho pelo pai, ou pela mãe, ocasião em que a relação produzirá efeitos apenas face ao genitor que o reconheceu.

4.2.2.1 Reconhecimento voluntário

O reconhecimento do filho, que tanto pode ocorrer de forma voluntária, como pela via judicial, tem cunho meramente declaratório, relatando somente uma realidade fática, não dando origem, necessariamente, à paternidade propriamente dita, pois pai é quem cria, educa, alimenta e dá carinho, e não quem somente carrega a mesma carga genética.

O artigo 1.609⁵⁶ do Código Civil dispõe que o reconhecimento é irrevogável, e elenca as formas como ele pode ser feito: no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular, arquivado em cartório; por testamento; por manifestação direta e expressa perante o juiz. Também preconiza o parágrafo único⁵⁷ do citado artigo, que o reconhecimento pode ocorrer antes mesmo do nascimento do filho, ou após a sua morte, caso deixe ele descendentes.

As formas de reconhecimento descritas no aludido artigo referem-se ao reconhecimento voluntário.

⁵⁶ **Art. 1.609, CC/2002** – O reconhecimento dos filhos havidos 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.

⁵⁷ **Art. 1.609, CC/2002** – [...]

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

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 252) explana que:

Essas modalidades de reconhecimento referem-se ao pai e à mãe, embora sua utilidade mais frequente seja para o pai. a maternidade estabelece-se de forma mais cabale perceptível, pela evidência e materialidade da gravidez e do parto, mas pode ocorrer ausência de indicação do nome da mãe no registro nos casos de recém-nascidos abandonados ou expostos, por exemplo. Por essa razão, como regra, o nome da mãe constará do registro. Daí dizer-se que a maternidade é um fato; a paternidade, uma presunção. Nada impede, porém, se houver necessidade, que ocorra o reconhecimento de maternidade, nos mesmos moldes do reconhecimento de paternidade.

Uma vez que se tenha dado o reconhecimento, independentemente da forma, o mesmo não pode ser revogado, por força do artigo 1.610⁵⁸ do Código Civil.

Relata Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 343) que, “embora o testamento seja essencialmente revogável, não poderá sê-lo na parte em que o testador reconheceu o filho havido de relação extramatrimonial”.

O reconhecimento da paternidade, por determinar o estado de filho, não configura negócio jurídico, dessa forma, nos moldes do artigo 1.613⁵⁹ do Código Civil, são ineficazes a condição e o termo propostos a esse fim.

Também trata-se de ato personalíssimo, pois o reconhecimento só pode ser feito pelo pai e pela mãe, não sendo concedida a nenhuma outra pessoa a prerrogativa para tal ato.

A ninguém é dado o direito de concordar ou não com a prática do ato em tela, a não ser o próprio declarante, vez que a simples manifestação de sua vontade acarreta efeitos somente a ele.

Contudo, preconiza o artigo 1.614⁶⁰ do Código Civil que, se o filho a ser reconhecido for maior de 18 anos, obrigatório será o seu consentimento, e, sendo ele menor, poderá impugná-lo nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 153-154), complementando o entendimento do constante no artigo supra qualificado, leciona que:

⁵⁸ **Art. 1.610, CC/2002** – O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

⁵⁹ **Art. 1.613, CC/2002** – São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

⁶⁰ **Art. 1.614, CC/2002** – O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

O decurso desse prazo não acarreta a imodificabilidade da paternidade, na medida em que se outra pessoa for o pai do reconhecido, o reconhecido terá a possibilidade de propor ação de reconhecimento do estado de filiação contra o verdadeiro pai, porque o direito de investigação de paternidade é imprescritível (art. 27 da Lei 8.069 de 13.07.1990).

Uma vez reconhecida a paternidade, ela gera efeito *ex tunc*, ou seja, retroage ao tempo do nascimento da criança, devendo então ser averbada no registro a nova informação, sem contudo, fazer referência à forma de filiação, em decorrência do princípio constitucional da igualdade.

Caso ocorra vício de consentimento, o reconhecimento poderá ser anulado, da mesma forma como nos casos já descritos anteriormente, valendo a mesma regra no que concerne à formação da filiação socioafetiva.

4.2.2.2 Reconhecimento judicial

Caso não haja o reconhecimento voluntário da paternidade, então o mesmo poderá ocorrer pela via judicial, que, nas palavras de Maria Helena Diniz (2011, p. 493), “resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la”.

Todo ser humano carrega consigo o direito do estado de filiação, consagrado no artigo 27⁶¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 353), que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor, será representado pela mãe ou tutor”.

Tanto o filho pode promover a ação de investigação de paternidade, como o juiz pode averiguar oficiosamente a paternidade, em decorrência da Lei n.º 8.560/92, quando verificar que no registro de nascimento da criança consta apenas o nome da mãe, com indicação do suposto pai.

⁶¹**Art. 27, ECA** – O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Discorre Maria Berenice Dias (2011, p. 416) acerca da averiguação efetuada pelo juiz:

No momento do registro, a declarante é indagada pelo genitor e, se ela quiser, indica quem é o pai, fornecendo seu nome e todos os elementos necessários à sua localização. Com tais dados, instaura-se na vara dos registros públicos a averiguação oficiosa. O juiz ouve a genitora e determina a notificação do suposto pai, em segredo de justiça, quando necessário, isto é, no caso de ser ele casado. Confirmando o indigitado genitor a paternidade, procede-se à lavratura de um termo, que será levado a registro.

Negando a filiação que lhe é atribuída, ou permanecendo em silêncio, no prazo de 30 dias, o procedimento será encaminhado ao Ministério Público para propor a ação de investigação de paternidade.

Hodiernamente, com o avanço da biomedicina, fácil é a comprovação, ou não, do estado de filho biológico, que reproduz com quase absoluta certeza a situação fática.

Atestando-se a paternidade, seja por meio de exame de DNA ou por outra forma admitida, o juiz sentenciará procedente o pedido investigatório, que suprirá a falta do reconhecimento voluntário. Assim, a paternidade deverá constar no registro de nascimento do filho, devendo o mesmo ser averbado, contudo sem fazer referência ao reconhecimento proveniente de decisão judicial. (Gama, 2008, p. 398).

O efeito do reconhecimento judicial é o mesmo do voluntário, ou seja, *ex tunc*, retroagindo ao tempo do nascimento da criança.

Embora muito se fale em ação de investigação de paternidade, cabe ressaltar que todo ser humano tem o direito de conhecer sua verdade biológica, ou seja, saber quem é seu verdadeiro genitor. Entretanto, é perfeitamente possível o reconhecimento do vínculo genético com seus ascendentes, sem que isso configure reconhecimento de relação de parentesco, mais precisamente de filiação.

Com base nisso, tem-se, então, a possibilidade de se diferenciar o pai, do genitor. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 365), “pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera”.

Devido a isso, a atribuição da palavra “pai” a toda e qualquer pessoa, independente do papel que ela exerça na vida da criança, é atitude errônea, pois só o sujeito que tem o filho perto de si, cuidando, amando, orientando, é merecedor de tal denominação.

4.3 Posse de Estado de Filho

Hodiernamente, não há mais que se falar em filiação (ou parentalidade) decorrente do vínculo biológico, apenas, mas também a que decorre de relações sócioafetivas, que, aliás, constitui hoje o motivo maior para a formação de uma entidade familiar.

Assim, plenamente aceitável é a ideia de estado de filho afetivo, que decorre da relação entre este e seu pai, que não precisa, necessariamente, ser o biológico.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 228), “o estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. A verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório”.

Contudo, o que realmente importa quando se fala em paternidade versus filiação é que, independentemente da forma como foi concebida a criança, o título de pai deve ser dado àquele que realmente age como tal, dispensando tempo, cuidados e carinho para com o filho. Tanto a paternidade quanto a maternidade tornaram-se, hoje, uma opção.

A posse de estado de filho diz respeito exatamente a isso, vez que refere-se ao *status* atribuído a alguém, em decorrência da relação que esta possui com outrem, com quem convive e por quem é amparada, educada, sustentada, ou seja, com quem mantém laços de afetividade, ostentando situação análoga a de filho, independentemente da verdade biológica.

Em casos tais, a verdade socioafetiva prevalece em detrimento da biológica, sendo que a situação de fato é que determinará a posse de estado de filho.

Paulo Lôbo (2011, p. 237) descreve que:

A aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem.

O artigo 1.593⁶² do Código Civil dispõe sobre o parentesco, classificando-o em natural, quando decorre da consanguinidade, e civil, quando se dá por outra forma, tem outra origem.

A posse do estado de filho, que dá ensejo à filiação socioafetiva, diz respeito ao parentesco civil, visto que sua origem é diversa da consanguinidade.

Discorre Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 400), que:

No Direito brasileiro, não houve, de modo expresso, disposição normativa que cuide da posse de estado de filho, mas a noção de parentalidade e de filiação socioafetiva se fundamenta em princípios constitucionais, notadamente o da afetividade, a permitir o reconhecimento da posse de estado de filho implicitamente nos arts. 1.593, 1.605 e 1.606, todos do Código Civil de 2002.

Do envolvimento afetivo entre os pais e o filho surge o estado de filho, que possui força maior que os laços biológicos, não sendo possível a sua desconstituição.

A doutrina dispõe que, para haver estado de filho, necessário se faz a presença de três elementos, como *nomen* (utilização do nome de família dos pais), *tractatus* (existência de tratamento como pai e filho) e *fama* (perante a sociedade, a pessoa tem que ser reconhecida como filho dos pais socioafetivos). (DINIZ, 2011, p. 494).

Contudo, ressalta Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 320), que “as características não necessitam estar presentes conjuntamente para configurar o estado de filiação, especialmente quanto ao uso do nome de família, que somente se insere nos registros após o reconhecimento da paternidade ou adoção”.

Uma vez reconhecido, ele gera para o filho todos os direitos e deveres inerentes à filiação, tais como direito à sucessão, submissão do poder familiar, dever de obediência aos pais, dever de cuidado para com os mesmos na velhice, na enfermidade, ou em situações em que necessitem de cuidados especiais.

Com base na explanação feita por Dimas Messias de Carvalho, tem-se que a adoção também faz referência ao estado de filho, cuja origem é a afetividade, motivo pelo qual se faz importante um breve discurso acerca desse instituto.

⁶² **Art. 1.593, CC/2002** – O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.

4.3.1 Adoção

A adoção é um ato jurídico de estabelecimento da filiação, ou, nas palavras de Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 01), “adoção é um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras”.

O filho adotado pode tanto ser considerado matrimonial como extramatrimonial, dependendo da situação de seus pais adotivos. Entretanto, tal classificação não se faz pertinente, visto que o status de filho teve origem numa sentença judicial, não havendo se falar em presunção no presente caso.

Na adoção, os nomes dos pais adotivos constam no registro de nascimento da criança, fazendo prova da filiação.

Aduz Elson Gonçalves de Oliveira (2010, p. 52), que:

A adoção é ato irrevogável e de consequências profundas, com reflexos projetados para a vida toda. Além de atribuir a condição de filho ao adotado, concedendo-lhes os mesmos direitos e deveres do filho biológico, inclusive sucessórios, excetuando-se apenas os impedimentos matrimoniais, a adoção vai mais adiante: promove a ruptura de qualquer vínculo com os pais e parentes biológicos.

Devido ao fato da filiação proveniente da adoção decorrer de sentença judicial, pode-se dizer que a mesma diz respeito à espécie de parentesco civil.

Na adoção, a socioafetividade tem importância maior que os laços biológicos, vez que é dela que decorrem a paternidade e a filiação.

A palavra “filiação” não faz referência apenas aos laços consanguíneos, mas, vai mais longe, ao atribuir tal nomeação aos pais e filhos ligados por laços afetivos, que se tornaram muito mais fortes, intensos e verdadeiros que os laços biológicos.

A adoção enseja a filiação socioafetiva, pois a criança não tem nenhuma compatibilidade genética com seus pais adotivos, entretanto, a relação formada entre eles, que tem sua base na afetividade, é muito mais intensa e verdadeira que os laços antes existentes com os pais originais. No caso em tela, a denominação “filiação” é dada à criança em relação aos novos pais, e não quanto

aos que a conceberam, até porque pai é quem cria, e não quem gera e dá a luz, apenas.

Dessa forma, clara se faz a compreensão de que a palavra “filiação” não faz referência apenas aos laços consanguíneos, mas vai mais longe, ao atribuir tal nomeação aos pais e filhos ligados por laços afetivos, que se tornaram muito mais fortes, intensos e verdadeiros que os laços biológicos.

4.4 Filiação na Família Homoafetiva

A ideia de filiação tem, como ponto de partida, a ideia de família. Esta teve seu marco com a consagração, pela Constituição de 1988, das diversas outras formas de concepção do núcleo familiar, que não a matrimonial, exclusivamente.

Dessa forma, a afetividade ganhou espaço no cenário jurídico brasileiro, como o elemento responsável pela união das pessoas e, conseqüentemente, pela formação das famílias.

A lei não impõe, como regra, para a formação de um núcleo familiar, a obrigatoriedade da existência de um homem e uma mulher, mas, ao contrário, conceitua família como o grupo de indivíduos (sem fazer referência a sexo) unidos por laços sanguíneos, ou laços afetivos, com objetivos em comum.

Assim, como já exposto no capítulo referente à evolução da família brasileira, perfeitamente possível a constituição de uma família homoafetiva, que é aquela formada por pessoas do mesmo sexo, ou seja, duas mulheres, ou dois homens, que convivem como companheiros, tendo a relação origem na afetividade.

Hoje, com o princípio da igualdade resguardando a sociedade, também é perfeitamente possível se falar em filiação nas famílias homoparentais.

Nesse sentido, assevera Maria Berenice Dias (2011, p. 357) que:

Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o **parentesco psicológico**, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. Nesta nova concepção passou-se a reconhecer a filiação homoparental, constituída por dois pais ou duas mães. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de

afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

Dessa forma, deve ser concedida também aos casais homoafetivos, de forma indiscriminada, a prerrogativa de adotar uma criança, a qual poderá ser chamada de filho, bem como a possibilidade de fazerem uso de técnicas científicas, como a inseminação artificial.

Independentemente da forma como o filho adentra a família, importa salientar a necessidade urgente de a justiça acolher tais fatos, possibilitando aos casais, sejam eles gays ou lésbicas, a possibilidade de terem filhos, e de fazer constar no registro de nascimento deles a existência de dois pais, ou duas mães, vigorando, assim, a justiça e a igualdade, em detrimento do preconceito, cujo maior alvo é a própria criança, que tem seus direitos cerceados.

5 DA GUARDA

Estar com os filhos é mais que um direito dos pais, constituindo uma verdadeira obrigação. Tanto é verdade que, como já exposto, a guarda dos filhos constitui dever decorrente do poder familiar.

Na constância do casamento, a guarda pertence a ambos os pais, de forma igualitária. Entretanto, problemas começam a surgir quando os mesmos resolvem se divorciar.

Preceituava o Código Civil de 1916, em seu artigo 326, caput⁶³, que, em caso de desquite dos pais, os filhos havidos da relação matrimonial deveriam ficar com o cônjuge que não tivesse dado causa à separação, ou seja, o cônjuge inocente.

Entretanto, se ambos fossem culpados, a guarda seria deferida de acordo com o sexo e a idade das crianças, assim, as filhas menores deveriam ficar com a mãe, enquanto que os filhos permaneceriam com a genitora até que completassem seis anos de idade, quando então deveriam ser entregues ao pai (parágrafos 1º e 2º⁶⁴, do artigo 326, do Código Civil de 1916).

Tal entendimento foi modificado pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), que alterou o parágrafo 1º⁶⁵ do aludido artigo 326, passando este a prever que, em caso de culpa de ambos os cônjuges, os filhos deveriam ficar com a mãe, mas desde que isso não acarretasse prejuízos de ordem moral à prole, na concepção do juiz.

⁶³ **Art. 326, CC/1916** – Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

⁶⁴ **Art. 326, CC/1916** – [...]

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

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

⁶⁵ **Art. 326, CC/1916** – [...]

§ 1º - Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação dada pela Lei n.º 4.121, de 1962).

Também este era o entendimento da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977), que dispunha de forma idêntica acerca da atribuição da guarda dos filhos quando da separação dos pais (artigo 10, parágrafo 1º⁶⁶).

Resta evidente que a culpa era levada em conta na atribuição da guarda dos filhos, punindo o cônjuge culpado à medida em que se contemplava o inocente, com o pensamento voltado mais ao castigo do responsável pelo fim da sociedade conjugal, do que aos interesses dos filhos menores.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da igualdade e da proteção integral da criança, esse cenário mudou. A culpa deixou de ser fator levada em conta na atribuição da guarda dos filhos, passando a lei a instituir a guarda ao pai/mãe que ofereça melhores condições de atender ao melhor interesse dos menores. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente caminhou no mesmo sentido, reconhecendo os menores como sujeitos de direito, atribuindo-lhes proteção integral.

Assim, nítido é que, ao se falar em guarda dos filhos, automaticamente o assunto remete a ideia de separação dos pais, motivo pelo qual se faz necessário, antes de qualquer exposição, um breve relato acerca da instituição denominada divórcio, motivo pelo qual referido tema será explanado, embora de forma lacônica, na sequência.

5.1 Divórcio

Antes de qualquer exposição acerca do assunto, importante se faz a diferenciação entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial, ambos estabelecidos com o casamento, a fim de se entender, com maior clareza, as mudanças pelas quais a extinta separação, hoje apenas divórcio, passou no cenário jurídico brasileiro.

⁶⁶ **Art. 10, Lei n.º 6.515/77** – Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a não houver dado causa.

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

Para tanto, serão usadas as palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 201), que explica que:

Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao *status* de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes.

Já o vínculo matrimonial, ainda de acordo com o mesmo autor, refere-se ao casamento válido, ou seja, é o vínculo que apenas pode ser dissolvido mediante divórcio, ou pela morte de um dos cônjuges. (GONÇALVES, 2011, p. 202).

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o casamento era tido por indissolúvel, admitindo-se apenas a separação de corpos, sem que isso significasse o rompimento do vínculo matrimonial, vez que o mesmo não podia ser desfeito. Assim, apenas a sociedade conjugal tinha fim, ou seja, os direitos e obrigações decorrentes da vida em comum.

A indissolubilidade do casamento deixou de vigorar no Brasil com a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de julho de 1977, que alterou o parágrafo 1º⁶⁷, do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, sendo regulada posteriormente pela Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), passando este a prever a dissolução do casamento após prévia separação judicial por mais de três anos, e apenas nos casos expressos na lei.

Contudo, novo passo foi dado no que concerne ao Direito de Família, com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 226, parágrafo 6º⁶⁸, reduziu o prazo da separação judicial, que antes era de três anos, para apenas um ano, quando então poderia ser convertido em divórcio (era chamado de divórcio-conversão). Também passou a prever, aludido parágrafo, espécie de divórcio direto, desde que comprovada separação de fato por mais de dois anos.

⁶⁷ **Art. 175, CF/69** – [...]

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

⁶⁸ **Art. 226, CF/88** – [...]

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (Com redação anterior a Emenda Constitucional n.º 66/2010).

O Código Civil de 2002 reproduziu o mesmo pensamento constitucional em seu artigo 1.580, e parágrafo 2^o⁶⁹, regulando o pedido de divórcio após o transcurso de um ano da sentença de decretação da separação judicial, ou dois anos da comprovada separação de fato.

Afirma Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 203), “que a separação judicial passou a ser facultativa, uma vez que os cônjuges poderiam optar pelo divórcio direto, comprovando a separação de fato por mais de dois anos”.

Dessa forma, se antes da conversão da separação em divórcio o casal resolvesse se reconciliar, tal hipótese era perfeitamente possível, pois o casamento ainda era válido, persistindo o vínculo matrimonial, que só tinha seu fim com o divórcio.

Com a Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010, denominada PEC do Divórcio, a redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal foi modificada, suprimindo o requisito prévio para se obter o divórcio, qual seja, separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Assim, remanesceu apenas o divórcio direto, porém sem a exigência do lapso temporal, como descrito acima.

Contudo, as pessoas que se separaram antes do advento da aludida emenda, assim permanecem, não podendo atribuir às mesmas o *status* de divorciadas. A situação de tais pessoas continuará sendo regulada pela norma anterior, devendo haver a convalidação em divórcio, caso desejem colocar fim ao vínculo matrimonial.

Em consonância estão as palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2001, p. 219), ao expor que:

As pessoas já separadas ao tempo pra promulgação da emenda em epígrafe não podem ser consideradas divorciadas. Permanecem na condição de separadas, até que promovam o divórcio direto, por iniciativa de um ou de ambos, sem necessidade de observarem qualquer prazo, mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas. Faculta-se-lhes, todavia, restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular em juízo ou mediante escritura pública, como autoriza a Lei n. 11.441/2007.

⁶⁹ **Art. 1.580, CC** – Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

[...]

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Dessa forma, as pessoas que se encontram separadas, mantêm intacto o vínculo matrimonial. Porém, se desejarem convolar a separação em divórcio, dissolvendo, assim, o referido vínculo, terão de pedi-lo, nos moldes atuais, podendo fazer uso do pedido de divórcio judicial ou extrajudicial (em caso de consenso mútuo).

Como mencionado, em decorrência da PEC do Divórcio, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever apenas o divórcio direto, sendo que este pode ser dividido em três modalidades, a saber: divórcio judicial litigioso; divórcio judicial consensual; e divórcio extrajudicial.

Independente da modalidade, basta a apresentação da certidão de casamento, e a resolução de algumas questões, como guarda dos filhos, alimentos, utilização ou não do nome de casado e partilha dos bens, para que o divórcio possa ser concedido.

Apesar de serem questões que necessitam de resolução, tais não interferem na decretação do divórcio. A partilha mesmo, conforme entendimento sumulado do STJ (Súmula n.º 197⁷⁰), pode ser feita posteriormente à concessão do divórcio.

Todavia, tais temas não serão abordados, por não ser este o objeto de estudo do presente trabalho, sendo apresentado apenas um panorama geral acerca dos tipos de divórcio existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O divórcio judicial litigioso, nas palavras de Paulo Lôbo (2011, p. 155), “se caracteriza pela ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação (um quer, outro não) ou sobre alguma ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas”.

Assim, caso um dos cônjuges não aceite o divórcio, razão pelo qual ele não será consensual, o mesmo só poderá ser obtido perante o juiz.

O divórcio também deverá ser realizado perante o juiz quando o casal tiver filho menor ou incapaz, ainda que ambos tenham consentido com o rompimento do vínculo matrimonial.

Aduzem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 597) que:

⁷⁰**Súmula 197, STJ** – O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

No divórcio administrativo, como sabemos, não há espaço para esse tipo de discussão, pois, em havendo filhos menores ou incapazes, trona-se obrigatório o processo judicial, com a imprescindível intervenção do Ministério Público.

Assim deve ser em decorrência dos interesses dos filhos menores (e também dos incapazes), considerados indisponíveis, ocasião em que atenção especial deve ser dispensada à situação dos mesmos, tanto que a audiência para tratar do divórcio deve contar com a participação do Ministério Público.

Contudo, caso os cônjuges estejam de acordo com o divórcio, e não possuam filhos menores ou incapazes, podem fazer uso do divórcio extrajudicial. A Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007, acrescentando o artigo 1.124-A⁷¹, ao Código de Processo Civil, passou a possibilitar a realização do divórcio consensual pela via administrativa, sendo este realizado por escritura pública, lavrado pelo tabelião.

Dispõe o parágrafo 1º⁷² do aludido artigo, que a escritura pública não depende de homologação do juiz para surtir efeito, o que torna o procedimento de desconstituição do casamento mais célere.

Entretanto, para que o divórcio seja feito pela via administrativa, é necessário que os cônjuges estejam acompanhados de advogado, pois caso contrário o tabelião estará impedido de lavrar a escritura. É o que preconiza o parágrafo 2º⁷³ do artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil.

Após a assinatura do termo de divórcio, os ex-cônjuges devem levá-lo ao Cartório de Registro Civil onde casaram, e pedir para que seja efetuada a averbação na certidão de casamento.

Dessa forma, tem-se que o divórcio só poderá ser feito no cartório, mediante escritura pública, quando for consensual e o casal não tiver filhos menores

⁷¹ **Art. 1.124-A, CPC** – A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

⁷² **Art. 1.124-A, CPC** – [...]

§ 1º - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

⁷³ **Art. 1.124-A, CPC** – [...]

§ 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

ou incapazes, pois caso contrário o rompimento da relação judicial só terá vez se realizado perante o juiz, ouvido o Ministério Público.

5.2 Guarda dos Filhos

Resolvida a questão atinente ao divórcio, resta agora a explanação acerca da guarda dos filhos, propriamente dita.

Pois bem, quando do divórcio dos pais, que, como exposto, pode ocorrer de forma litigiosa ou consensual, os mesmos devem resolver sobre a guarda dos filhos, vez que já não habitam mais o mesmo teto.

Cabe destacar que a guarda instituída quando da separação dos ascendentes não deve ser confundida com aquela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que coloca o menor em família substituta, em casos de abuso ou omissão dos pais em relação aos filhos.

Explica Adriana Pereira Lessa (2008, p. 30) que:

A família substituta é destinada aos menores de 18 anos. As diferenças existentes entre a guarda, prevista no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a guarda de família e do poder familiar residem no fato de que há exigências processuais e conjunturais para a primeira, como, por exemplo, o compromisso que prestará o guardião de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termos nos autos previstos no art. 32.

Apesar de também ser um tipo de guarda, a constante no Estatuto da Criança e do Adolescente não será aqui abordada, visto que o enfoque principal deste trabalho diz respeito à guarda decorrente do divórcio dos pais.

Dessa forma, a legislação pátria traz, no artigo 1.583, caput, e parágrafo 1º⁷⁴ do Código Civil, dois tipos de guarda: a unilateral e a compartilhada, sendo esta última a mais recomendada.

⁷⁴ **Art. 1.583, CC** - A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Contudo, a fim de se propiciar um maior entendimento acerca de cada espécie de guarda, as mesmas serão expostas de forma separada.

5.2.1 Guarda compartilhada

Na vigência do casamento ou da união estável, ambos os pais exercem, conjuntamente, a guarda dos filhos, assim como também o poder familiar.

Ocorre que quando a relação fica desgastada, e a convivência deixa de ser agradável, o resultado quase que inevitável é o divórcio ou a desconstituição da união estável.

Essa dissolução afeta, inevitavelmente, todos os membros da família, sendo os filhos os maiores prejudicados, pois vêm a família se despedaçar diante de si, quando então têm que aprender a conviver longe de um dos pais, mantendo contato apenas nos momentos de visita.

A Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, objetivando amenizar os efeitos deletérios ocasionados pela separação na vida dos filhos, instituiu a guarda compartilhada no ordenamento pátrio.

Discorre Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 277) que:

A modalidade de guarda compartilhada objetiva perpetuar a relação da criança ou do adolescente com seus pais, no período posterior à dissolução da união conjugal, permitindo o resguardo do melhor interesse do menor, e assegurando a igualdade dos gêneros – homem e mulher – no exercício da autoridade parental.

Assim, o compartilhamento da guarda tem como fundamento o melhor interesse do filho, que não pode ser privado da convivência com nenhum dos pais.

Nesse sentido são as palavras de Adriana Pereira Lessa (2008, p. 46), ao expor que:

A criança não pode simplesmente ser privada da presença de um dos pais, pelo fato deste não estar mais unido conjugalmente ao outro genitor. Não se pode deixar de analisar a relação de afeto entre os genitores e os filhos, pois a afetividade é elemento essencial e marcante da união familiar.

Essa espécie de guarda encontra previsão no artigo 1.583, parágrafo 1º, segunda parte⁷⁵, do Código Civil, sendo que a própria lei a define.

A grande vantagem desse tipo de guarda é que o filho conviverá com ambos os pais, não havendo, aqui, a figura do guardião e do visitante, vez que ambos possuem os mesmos deveres e obrigações para com a prole, em decorrência do exercício concomitante da guarda.

Devido algumas semelhanças, muito comum é a confusão que se faz entre guarda compartilhada e guarda alternada. Entretanto, aludidas espécies não podem ser confundidas, devido ao fato de serem coisas distintas.

Guarda alternada é quando apenas um dos pais detém a guarda física dos filhos por um tempo determinado, em que exerce com exclusividade o poder familiar, cabendo ao outro pai o direito de visita e fiscalização, sendo que após o transcurso desse período, há a inversão dos papéis.

Leciona Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 63) que a guarda alternada pode ser considerada uma espécie de guarda unilateral, pois de tempos em tempos a guarda é alternada entre os ascendentes, bem como o exercício exclusivo do poder familiar.

Esse tipo de guarda encontra severas críticas da doutrina, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 599), pois gera na criança uma insegurança, perdendo esta a referência do que seja um lar, vez que transita, de tempos em tempos, entre uma casa e outra.

Na guarda alternada, a criança também é confrontada constantemente com a situação do encontro e do afastamento, já que continuamente o menor se vê obrigado a se separar de um dos pais para se juntar ao outro.

Já na guarda compartilhada, a guarda física da criança e do adolescente é dividida entre os pais, de forma igualitária, ocorrendo o mesmo com o poder familiar.

Normalmente é instituída a casa de um dos pais para servir de referência como lar do filho, embora tenha ele duas casas (dois lares), podendo transitar entre elas livremente, de acordo com a sua necessidade e comodidade.

⁷⁵ **Art. 1.583, CC – [...]**

§ 1º - Compreende-se 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.

Leciona Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 300) que, “embora a criança tenha o referencial de uma residência principal, fica a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas.

Assim, os pais continuarão decidindo, em conjunto, o que é melhor para o filho, do mesmo modo que faziam na constância do casamento ou da união estável.

Também o encontro e a separação se dão de forma menos intensa, pois a criança detém a prerrogativa de passar o tempo que quiser com cada um dos genitores, conforme lhe seja conveniente, convivendo, assim, com ambos os pais de forma concomitante.

Dessa forma, embora sejam um mesmo arranjo familiar, as duas espécies de guarda não devem ser confundidas, vez que possuem características próprias.

O artigo 1.584 do Código Civil, em seus incisos I e II⁷⁶, dispõe que a guarda compartilhada pode ser estabelecida por consenso mútuo dos pais, ou por qualquer deles em ação autônoma, bem como pode ser decretada por determinação judicial.

Aduzem Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 221), em alusão ao consentimento mútuo dos pais, que “o consenso não é mais um requisito para que se adote a guarda compartilhada”.

Assim, resta evidente que a preferência legal é pela guarda compartilhada, devido seus benefícios, tanto que o parágrafo 2º⁷⁷ do artigo 1.584 do Código Civil preconiza que quando os pais não chegarem a um acordo em relação à guarda dos filhos, o compartilhamento desta deve ser aplicado, mas sempre na medida do possível.

Alguns doutrinadores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 600), e Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 221-222) entendem que quando os pais não concordam com esse tipo de guarda, a

⁷⁶ **Art. 1.584, CC** – A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

⁷⁷ **Art. 1.584, CC** – [...]

§ 2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

mesma não pode ser imposta, pois a sua decretação poderá colocar em risco a integridade dos filhos. Para eles, o compartilhamento da guarda só tem razão de ser quando os pais convivem em harmonia.

O mesmo entendimento é compartilhado por Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 300), ao explicar que:

[...] este tipo de guarda de filhos na separação exige um efetivo entendimento entre os genitores; disputas permanentes, desrespeito e desavenças devem orientar para o sistema tradicional de regulamentação da convivência, sem afastar o direito do genitor descontínuo participar das decisões relativas aos filhos.

Contudo, explana Maria Berenice Dias (2011, p. 443-444) que:

A tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de **determinação judicial**, sob a justificativa de que é necessário o consenso entre as partes. Porém, a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser sim a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, a guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos. (Grifo no original).

Assim, tem-se que, ainda que os pais rejeitem o compartilhamento da guarda, mas verificando o juiz que ambos possuem condições de ter os filhos em sua companhia, deve o mesmo discorrer acerca dos benefícios da guarda compartilhada, como preconizado no parágrafo 1º⁷⁸ do artigo 1.584 do Código Civil, e encaminhar os pais para acompanhamento psicológico, a fim de que entendam a importância de tal ato na vida dos filhos e, desempenhem, dessa forma, de modo pleno e satisfatório, a obrigação assumida com a paternidade/maternidade.

Assim também vêm entendendo nossos Tribunais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização

⁷⁸ Art. 1.584, CC – [...]

§ 1º - Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. (STJ, REsp 1251000/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 23/08/2011).

Por possibilitar a convivência simultânea do filho com ambos o pais, a guarda compartilhada dificulta a ocorrência de um fenômeno denominado alienação parental - o qual será exposto no capítulo seguinte - muito comum em casos de divórcio litigioso, com atribuição da guarda unilateral.

Em consonância com o presente pensamento está Analícia Martins de Sousa (2010, p. 48), ao discorrer que:

A guarda compartilhada pode servir como recurso a impedir, ou pelo menos dificultar, o estabelecimento de alianças entre a criança e um dos pais, uma vez que a mesma não conviveria exclusivamente com um deles. Ela circula livremente entre suas duas residências, fortalecendo, assim, os vínculos parentais por meio da ampla convivência.

Também Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 601) partilham do mesmo entendimento, aduzindo que o compartilhamento da guarda possui o condão de impedir a alienação parental e, conseqüentemente, a síndrome da alienação parental, ao instituir o exercício conjunto do poder familiar, o que diminui a atitude de um dos pais fazer uso do filho contra o outro, movido por sentimento de vingança, situação essa mais comum de acontecer quando a guarda é unilateral.

Porém, em certas situações, pode o magistrado entender que a guarda do menor deve ficar com pessoa outra, que não os pais, como discorre o parágrafo

5º⁷⁹ do artigo 1.584 do Código Civil. Nesse caso, o grau de parentesco e a afetividade entre a criança e o terceiro devem ser levados em consideração.

Dessa forma, a guarda pode ser deferida a um tio, padrinho, avó, irmão mais velho, enfim, a um terceiro que demonstre condições de fornecer um ambiente saudável e propício ao bom desenvolvimento da criança.

Maria Berenice Dias (2011, p. 444) leciona que, em casos tais, nada obsta o compartilhamento da guarda entre os avós e os pais, por exemplo.

A decisão que define a guarda não faz coisa julgada, pois esta sempre pode ser revista, em atendimento aos interesses do menor.

Assim, dispõe Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 219) que:

A guarda é deferida para atender ao melhor interesse do menor, podendo ser modificada se restar demonstrado que a compartilhada é prejudicial ao filho ou, se na unilateral, que o guardião não vem exercendo-a com o zelo e os cuidados necessários para a boa formação do menor e o outro genitor possui melhores condições para exercê-la.

Assim, com base no exposto, tem-se que a guarda compartilhada é mais benéfica à criança e ao adolescente, pois o menor mantém o vínculo com ambos os pais mesmo depois do divórcio, além de evitar, ou ao menos dificultar, atos que possam configurar alienação parental, já que a criança não convive exclusivamente com um dos ascendentes.

5.2.2 Guarda unilateral

Embora haja uma preferência legislativa pela guarda compartilhada, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê a possibilidade da guarda ser unilateral, ou seja, de apenas um dos pais, quando ambos rejeitam o seu compartilhamento.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 596) entendem que o juiz deve proceder à tentativa da guarda compartilhada, e apenas

⁷⁹ **Art. 1.584, CC – [...]**

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

quando esta se esgotar, restando infrutífera, vez que os pais não a desejam, é que deve então ser deferida a guarda unilateral.

A guarda unilateral está prevista no parágrafo 1º, primeira parte, do artigo 1.583 do Código Civil.

Uma vez estabelecido que esse será o tipo de guarda, o magistrado deverá atribuí-la ao pai (aqui entende-se pai ou mãe) que detenha melhores condições de exercê-la, e que se mostre mais apto a propiciar ao filho afeto nas relações com o outro ascendente, bem como com os demais familiares, além de saúde, segurança e educação, como preveem os incisos do parágrafo 2º⁸⁰ do artigo 1.583 do Código Civil.

Complementa Paulo Lôbo (2011, p. 193) que:

Melhores condições, para os fins legais, não se confunde necessariamente com melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas. Sociais e econômicas de cada um.

O Enunciado 102⁸¹, da I Jornada de Direito Civil, também trata da questão atinente à expressão “melhores condições”, aduzindo que aludido termo refere-se ao atendimento do melhor interesse da criança.

Contudo, as hipóteses elencadas no parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil não são taxativas, servindo apenas como elementos de ponderação para o juiz, que deverá decidir a questão da guarda com base no caso concreto.

A guarda unilateral estipula duas figuras distintas aos pais, a de guardião e a de visitante, sendo que o primeiro detém o poder decisório de criação e educação do filho, o que não retira do outro ascendente (não guardião) o poder familiar, muito menos o direito de conviver com a criança e/ou adolescente. (CARVALHO, 2010, p. 61).

⁸⁰ **Art. 1.583, CC – [...]**

§ 2º - A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

⁸¹ **Enunciado 102, da I Jornada de Direito Civil** – A expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.583, significa atender ao melhor interesse da criança.

Assim, é assegurado ao pai que não detém a guarda, o direito de visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como o de fiscalizar o exercício da guarda deferida ao outro, nos moldes do parágrafo 3º⁸² do artigo 1.583 do Código Civil c/c artigo 1.589⁸³, também do Código Civil.

Mais que um direito do não guardião, a visitação é um direito do filho, a quem deve ser propiciado um desenvolvimento sadio, na companhia de ambos os pais.

Explana Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 294) que “estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado 'abandono material'”.

Porém, se o genitor não guardião faltar com suas obrigações, não comparecendo, injustificadamente, nos dias estipulados para visita, estará sujeito à imposição de pena pecuniária, em decorrência de sua desídia, pois, como já exposto, mais que um direito dos filhos de ter os pais por perto, é um dever dos pais conviver com a sua prole.

Tanto é assim que o artigo 1.634 do Código Civil, em seus incisos I e II, atribui aos pais a criação e educação dos filhos, além da obrigação de tê-los em sua companhia e guarda, sendo que o descaso com os infantes pode constituir abandono afetivo.

Aduz Maria Berenice Dias (2011, p. 460), que:

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produz **danos emocionais** merecedores de reparação. Se lhes faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. (Grifo no original).

⁸² **Art. 1.583, CC** – [...]

§ 3º - A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

⁸³ **Art. 1.589, CC** – O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Assim, a negligência do pai em não manter os laços afetivos com os filhos pode levar à perda do poder familiar, nos moldes do inciso II, do artigo 1.638 do Código Civil.

Contudo, a perda do referido poder não é a única sanção possível de ser aplicada ao pai negligente, sendo cabível, ainda, o pagamento de indenização aos filhos, por danos morais decorrentes do abandono.

Preconiza Maria Berenice Dias (2011, p. 461) que:

Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, se sujeita a ser responsabilizado. Tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com o mesmo. A genitora pode ser penalizada por sua postura, e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo.

Dessa forma, o pai que detém a guarda também não pode obstaculizar as visitas do outro ascendente, dificultando o acesso ao filho, sob pena de haver a inversão da mesma, pois a guarda é deferida àquele que oferece melhores condições de garantir os interesses dos filhos, entre eles o de convivência com o núcleo familiar.

Com base no exposto até o presente momento, percebe-se que a guarda unilateral, assim como a compartilhada, pode ser alterada, com vistas a atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 216) explana que “a decisão que fixa ou homologa a guarda pode ser modificada se for apurado que o cônjuge que a detém não cumpre seus deveres e prejudica os interesses dos filhos ou influencia negativamente na sua formação e educação”.

Em casos excepcionais, também pode o juiz concluir que a guarda unilateral deve ser concedida a terceiro, e não aos pais, do mesmo modo da guarda compartilhada. Paulo Lôbo (2011, p. 195) exemplifica tal caso com a situação de “pais viciados em drogas, sem ocupação regular, com práticas de violência contra os filhos”.

Apesar de contar com a supervisão do outro pai, a guarda unilateral compromete o relacionamento do filho com o genitor não guardião, visto que este só mantém contato com a criança e/ou adolescente em datas pré-determinadas, não

havendo o envolvimento cotidiano, a participação nas atividades diárias do filho, tendo como consequência o afastamento entre ascendente e descendente.

De acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 447):

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

Assim, a relação do filho com o pai não guardião resta prejudicada, com a implantação constante de um distanciamento entre ambos.

A unilateralidade da guarda também dá ensejo ao surgimento da alienação parental, pois o guardião, não raras vezes, se sente vencedor, cujo prêmio é a guarda do filho, e, movido por um sentimento de raiva e rancor em relação ao ex-cônjuge, pode iniciar atos que caracterizam alienação parental, como a incitação do sentimento de repulsa no filho em relação ao pai.

Por esse e por todos os motivos já expostos, tem-se que a guarda unilateral deve ser evitada, dando-se preferência ao seu compartilhamento, vez que atende de forma mais satisfatória ao melhor interesse dos menores.

5.2.3 Do direito à convivência familiar

A família não se limita apenas à família nuclear, constituída pelos pais e filhos, mas estende-se aos avós, tios, primos, padrinhos, etc. Tanto é assim que a o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu parágrafo único⁸⁴, prevê a extensão da família para além da nuclear, englobando também os parentes próximos à criança e/ou adolescente. Destarte, privar o filho da convivência de entes queridos, sem um motivo cabível, constitui abuso do poder familiar, com malefícios à

⁸⁴ **Art. 25, ECA** – [...]

Parágrafo único - Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela lei 12.010, de 2009).

plena formação do menor, além de ofender o preceituado no artigo 227⁸⁵ da Lei Maior, e o artigo 4º⁸⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garantem à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar.

Em consonância está o entendimento de Dimas Messias de Carvalho (20101, p. 10), ao dizer que a convivência familiar

Não é limitada apenas entre os pais e filhos, mas também a convivência com avós e outros parentes com os quais, especialmente a criança e o adolescente, mantêm vínculos de afinidade e afeto [...] Ainda que os pais estejam separados, é garantido ao filho conviver e manter os laços de afetividade com cada um, com os avós e outros familiares.

A presente ideia também encontra apoio de Maria Berenice Dias (2011, p. 449), ao afirmar que:

O direito de visita não encontra limite entre pais e filhos. Quanto mais se reconhece a importância da preservação dos vínculos afetivos, vem se desdobrando o direito de visita também a parentes outros. Assim, avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, quando os elos de afetividade existente merecem ser resguardados.

O rompimento dos laços afetivos diz respeito apenas aos pais, não devendo se estender também aos filhos, que nada tem a ver com o insucesso da vida matrimonial dos ascendentes. A prole tem o direito de continuar se relacionando com todas as pessoas com quem mantinha contato antes da separação dos pais, até mesmo para não perder as referências que foram construídas ao longo do tempo.

⁸⁵ **Art. 227, CF** - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁸⁶ **Art. 4º, ECA** - 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.

Lenita Pacheco Lemos Duarte⁸⁷ (2009, p. 20), com base em sua experiência em clínica analítica com crianças e adolescentes de pais separados, expõe que a situação vivenciada pela criança e/ou adolescente com o rompimento dos pais, aflora na mesma, sentimentos de abandono, rejeição, ficando a mercê das vontades do pai que detém a guarda, principalmente quando esta é unilateral, e alude à importância da manutenção dos vínculos com outras pessoas da família, com o fito de amenizar tais sintomas, e concluiu que:

Em decorrência dessas situações alheias à sua vontade, observa-se na clínica, em vários casos, que eles (crianças/adolescentes) apresentam angústia e sintomas, precisando elaborar mágoas, conflitos de lealdade e luto pela separação conjugal dos pais, e muitas vezes também parental, quando perdem o contato com um dos pais, irmãos, avós, primos. Essas crianças sofrem ao serem afastadas à sua revelia, de pessoas com quem tinham constantes trocas de carinho e amor, e ao deixar de encontrá-las, elas perdem referências importantes, quando podem surgir muitas carências afetivas, bloqueios emocionais e cognitivos, além de sentimentos depressivos.

No mesmo sentido é o Enunciado 333⁸⁸ da IV Jornada de Direito Civil, que estende o direito de visita também aos avós e às pessoas com as quais a criança ou adolescente mantém vínculo afetivo.

Expõe Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 216), que:

Em razão do teor do enunciado, o ex-marido da mãe da criança (conhecido por padrasto), que com ela criou laços afetivos, teria direito de visitas como se pai biológico fosse, sempre atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente. Também tem o direito de visitas os irmãos do menor.

De outra forma não poderia ser, pois como já exposto no capítulo anterior, a filiação não se caracteriza apenas pelos laços biológicos, tendo muito mais razão de ser em decorrência da afetividade criada entre a criança e a pessoa com quem convive. Assim, desde que estabelecidos laços afetivos entre o menor e o

⁸⁷ Lenita Pacheco Lemos Duarte é graduada em Psicologia, pós-graduada em Psicanálise pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) e mestre em Psicanálise pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É membro da Escola de Psicanálise dos Fóruns do Campo Lacaniano – Brasil – Fórum do Rio de Janeiro (EPFCL), participante de Formações Clínicas do Campo Lacaniano (FCCL) e associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

⁸⁸ **Enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil** – O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança e ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

padrasto ou madrasta, o direito de visita também tem razão de ser em relação a estes, em decorrência do melhor interesse da criança e do adolescente.

Tem-se então que a convivência familiar, direito garantido à criança e ao adolescente pela Constituição Brasileira, deve ser assegurada, visando sempre o melhor interesse do menor. As rixas dos pais não devem adentrar a esfera dos filhos, muito menos prejudicá-los em suas relações pessoais, pois devido à situação peculiar de desenvolvimento em que se encontram, os direitos e interesses dos menores devem se sobrepor aos interesses dos demais membros da família.

5.2.3.1 Direito de visita dos avós

A criança e/ou adolescente, devido sua situação de desenvolvimento, deve ser protegida, cuidada e seus direitos preservados, cabendo à família, sociedade e Estado o dever de zelar pelo melhor interesse dos menores. Também deve ser assegurado o direito a uma convivência familiar saudável, entre eles a manutenção do contato com os avós, vez que efeitos deletérios decorrem da sua privação.

O ordenamento jurídico brasileiro sempre conviveu com uma lacuna normativa, onde não era previsto, especificamente, o direito de visita dos avós, mas com o advento da Lei 12.398, de 28 de março de 2011, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 1589⁸⁹ do Código Civil, além de alterar a redação do inciso VII do artigo 888⁹⁰ do Código de Processo Civil, tal lacuna foi suprida, garantindo o direito à visitação dos avoengos.

Aduz Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 221) que:

O princípio da dignidade da pessoa humana inclui o direito à própria história, direito personalíssimo da ancestralidade, que também se constrói pelos vínculos de afetividade que se desenvolve entre os parentes próximos, tanto que a Constituição Federal garante ao menor o direito à convivência familiar

⁸⁹ **Art. 1589, CC** – [...]

Parágrafo único - O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei n.º 12.398, de 2011).

⁹⁰ **Art. 888, CPC** – [...]

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós.

(art. 227), restando incompatível com tais princípios os pais que, por divergência de opiniões, ou diversidade de temperamentos, pretendem afastar os filhos do convívio com os avós.

Os avós, além do vínculo afetivo, possuem também um vínculo jurídico com seus netos, decorrente do parentesco, com certos encargos, como por exemplo a obrigação de pagar alimentos caso o pai ou a mãe nos os pague (artigo 1.696⁹¹ do Código Civil), ou até mesmo de forma subsidiária, para complementar a pensão paga pelo pai, o que vêm reforçar ainda mais a ideia de que o direito de visita é também a eles conferido.

A presente ideia é enfatizada por Maria Berenice Dias (2011, p. 268), ao aduzir que “deixando um dos genitores de cumprir com o encargo alimentar com relação ao filho, este pode buscar a obrigação alimentar dos avós”.

Também Euclides de Oliveira (2011, p. 50) enumera algumas outras obrigações impostas aos avós, como:

- a) podem requerer ao Juiz medidas de proteção ao menor no caso de abuso de poder por parte dos pais (CC, art. 1.637), o que significa a possibilidade de acompanhar o desenvolvimento físico e moral do neto;
- b) obrigam-se à prestação de alimentos ao neto, sempre que falte o genitor (CC, art. 1.696);
- c) são tutores legítimos preferenciais (CC, art. 1.731);
- d) posicionam-se na linha da vocação hereditária entre si, qualificando-se como sucessores legítimos necessários (CC, arts. 1.829, inciso II, 1.836 e 1.845); e
- e) colocam-se em posição de responsabilidade por atos de alienação parental, dentro dos litígios familiares (Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010).

Diante do exposto, nada mais justo que o direito de visita seja conferido aos avós, que devido suas situações possuem também encargos em relação aos netos.

O convívio com a família ampliada, e não apenas a nuclear, propicia melhores condições de desenvolvimento ao menor, pois ao proporcionar a manutenção dos laços afetivos que a criança mantém com outras pessoas, além da família nuclear, os sentimentos de abandono e angústia, decorrentes da separação dos ascendentes, são atenuados, pois o vínculo familiar existente antes do rompimento se mantém. A respeito, Delma Silveira Ibias (s.a., s.p.) aduz que:

⁹¹**Art. 1.696, CC** - O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

É certo afirmar que a manutenção de laços com a família mais ampliada, trará incontáveis benefícios à educação e ao bom desenvolvimento da criança e do adolescente, contribuindo, inclusive para minorar os efeitos nocivos naqueles casos em que se faz presente a alienação parental.

Os filhos não devem ser vistos como objetos do litígio conjugal, mas sim como sujeitos de direitos, merecedores de proteção.

Devido sua condição de pessoa em desenvolvimento, a criança e/ou adolescente deve ser protegido, cuidado e seus direitos preservados, em especial o direito a uma convivência familiar saudável, vez que efeitos deletérios decorrem da privação do contato familiar, como o surgimento de um fenômeno conhecido como alienação parental.

6 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Para que fosse possível falar da alienação parental, necessário se fez uma explanação acerca do instituto familiar e sua evolução, vez que esta acarretou mudanças importantes na sociedade, o que deu causa ao surgimento do fenômeno ora em comento.

Nos primórdios do tempo, o casamento era tido como algo sagrado, e devido a isso não era dada a possibilidade aos cônjuges de se divorciarem. Nesse contexto, não havia que se falar em alienação parental, em decorrência da perpetuidade do vínculo matrimonial, o que tomou contornos distintos após a admissão, pela sociedade, do instituto do divórcio.

O poder familiar, que pertencia apenas ao marido, também deu ensejo ao surgimento do fenômeno conhecido como alienação parental, ao passo que deixou de pertencer apenas ao pai, para se tornar direito também da mãe. Assim, com a dissolução do casamento, disputas começaram a surgir no que tange à guarda dos filhos, vez que os pais passaram a ter direitos iguais sobre a prole.

Nessa disputa, o filho passou a ser visto como um prêmio, onde o vitorioso é o que detém a sua guarda. Assim, os pais, objetivando tê-la para si, passaram a comprar a criança, e a usá-la para atingirem o ex-cônjuge, como forma de vingança pelo fim do relacionamento mal sucedido.

É, então, nesse ambiente bélico, formado por um misto de sentimentos, como raiva, tristeza, vingança, etc., que surge a alienação parental, fenômeno este que, se não dispensada a atenção necessária para combatê-la ainda em suas manifestações primárias, pode evoluir para o que se denomina “Síndrome da Alienação Parental”, forma mais grave de manifestação do aludido fenômeno, com consequências terríveis para o desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Por se tratar de um fenômeno “novo” e ainda pouco discutido no meio jurídico, é que surgiu a necessidade de se abordar referido tema, o que será feito na sequência.

6.1 Conceito

Quando da separação do casal, é necessário que se discuta a guarda dos filhos menores, que visa garantir à prole a manutenção de seus interesses, entre eles o de uma convivência familiar saudável.

Em momentos assim, o que os pais precisam ter em mente é que apenas a relação marido-mulher chegou ao fim, e não a relação paterno/materno-filial, vez que esta é para sempre.

Todavia, nem sempre isso ocorre, mormente nos casos em que o término do vínculo conjugal ocorre de forma mal resolvida, num ambiente litigioso, tomado por mágoas e frustrações, ocasião em que, infelizmente, muitos pais optam por fazerem dos filhos instrumentos de vingança, a fim de atingirem o ex-consorte. É nesse ambiente, então, que começam a surgir os entraves para as visitas do pai não guardião.

Discorre Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca (2006, p. 163) que:

Não são poucos os artifícios e manobras de que se vale o titular da guarda para obstaculizar os encontros do ex-cônjuge com o filho: doenças inexistentes, compromissos de última hora, etc. e o que é pior e mais grave: tais impedimentos vêm ditados por inconcebível egoísmo, fruto exclusivo da animosidade que ainda reina entre os ex-consortes, sendo certo que, sem qualquer pejo, em nome de tais espúrios sentimentos, a criança é transformada em instrumento de vingança.

A estes atos que objetivam o afastamento da criança ou do adolescente daqueles que integram o seu círculo afetivo, denomina-se alienação parental.

Tal fenômeno ganhou reconhecimento e regulamentação no Brasil com o advento da Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, que traz a definição de alienação parental em seu artigo 2º⁹².

Portanto, tem-se que a alienação parental são as manobras desenvolvidas por um dos pais, ou até mesmo por um terceiro que detenha a guarda

⁹² **Art. 2º, Lei 12.318/10.** Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

ou tenha autoridade sobre a criança ou adolescente, com o objetivo de afastá-la do convívio com o outro pai⁹³, ou com qualquer parente qual a qual mantenha relação.

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 413) melhor exemplificam o assunto em tela ao aduzirem que “dá-se o nome de alienação parental às estratégias do pai ou da mãe que desejam afastar injustificadamente os filhos do outro genitor, ao ponto de desestruturar a relação entre eles”.

O sujeito que pratica atos de alienação parental fere direito constitucional que toda criança e adolescente possui, que é o de convivência familiar.

As manobras comumente utilizadas na alienação são as campanhas denegritórias da imagem do ex-parceiro face aos filhos, sempre com o escopo de afastá-los do convívio paterno/materno.

Assim, expõe Igor Nazarovicz Xaxá (2008, p. 13) que:

Neste contexto, tudo o que puder ser utilizado contra o outro genitor, será utilizado. Desde as acusações brandas, como “ele não presta”, “ela não te ama”, “ele não quer saber de você”, ate as mais serias, como falsas denúncias de incesto e violência. A criança e convencida da existência desse fato e o repete como tendo realmente acontecido.

Nessa rede de mentiras, até mesmo o guardião, devido à intensidade das alegações, passa a acreditar em tudo que diz, não discernindo mais a realidade da mentira.

Ocorre que a alienação também ocorre através da implantação de falsas memórias, onde o alienador induz a criança/adolescente a crer que estar com o alienado representa perigo, o que acaba por ocasionar o rompimento do vínculo antes existente entre pai e filho.

Esse também é o entendimento de Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 66), ao asseverar que:

A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi

⁹³A palavra pai será usada para designar tanto o pai quanto a mãe, em substituição ao termo genitor, pois como já exposto no capítulo “Da Filiação”, nem sempre o genitor da criança pode ser considerado pai.

dito em desfavor do guardião descontinuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornado-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos.

No entanto, deve-se atentar para não se cometer injustiças, dando a todo tipo de animosidade da criança ou do adolescente frente a um dos pais o rótulo de alienação parental, pois muitas vezes o menor pode ter um motivo justificador para tanto, como a negligência ou o abuso por parte de um dos pais, quando então não se poderá falar em alienação.

Maria Antonieta Pisano Motta (2011, p. 107) exemplifica melhor a situação ao explicar que:

A diferença entre uma criança alienada e aquela com dificuldade de relacionamento com um dos genitores é que a segunda, quando capaz de expressar-se, revela desejar obter relacionamento positivo com o genitor com o qual tem dificuldades e é também capaz de articular boas razões para ter buscado diminuir o contato com aquele genitor.

Assim, a criança, quando possui um relacionamento difícil com um dos pais, procura afastar-se do mesmo, sendo tal afastamento oriundo de fatos reais, qual seja, a dificuldade no relacionamento. Essa atitude nada tem a ver e, portanto, não deve ser confundida, com a da criança vítima da alienação, que se afasta de um dos pais em decorrência de fatos fantasiosos, que nunca existiram, mas que emergiram da mente doentia do alienador, com o fito de separar ascendente e descendente.

Dessa forma, importante que se descubra quem é o alienador, a fim de se paralisar tais atos.

6.2 Alienador e Alienado

A alienação, que é a tentativa de afastamento da criança de um dos pais ou de algum parente próximo, para produzir efeitos, deve contar com o empenho de um sujeito que, constantemente, busca esse arredamento, que pode tanto ser um dos pais, como também terceiro, como avós, tios primos, etc.

Ao sujeito que age com esse escopo denomina-se alienador.

No entanto, tem-se que a maior incidência de alienação se dá no ambiente materno, vez que, ainda hoje, na grande maioria dos divórcios, o filho fica sob a responsabilidade da mãe.

Segundo pesquisa do IBGE feita em 2010 (2010, s.p.) em 87,3% dos casos de divórcio no Brasil, a guarda dos filhos menores foi concedida às mães, ficando os pais, em apenas 5,6% dos casos, com a guarda da prole.

Ainda com base nas mesmas estatísticas, constatou-se que houve um crescimento no que tange ao compartilhamento da guarda, que de 2,7% no ano 2000, passou para 5,5% em 2010. No entanto, apesar desse crescimento, aludido número ainda é irrisório.

Dessa forma, tem-se que a alienação parental, na maioria das vezes, é instaurada pela mãe, detentora da guarda. Entretanto, em certos casos, pode o pai não guardião praticar atos indutores da referida síndrome.

Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 54) dispõe que:

[...] a SAP pode ser instaurada também pelo genitor não guardião, que manipula afetivamente a criança nos momentos das visitas, para influenciá-las a pedir para irem morar com ele – dando, portanto, o subsídio para que o alienador requeira a reversão judicial da guarda.

Como dito anteriormente, terceiro também pode praticar atos alienadores, tanto que Igor Nazarovicz Xaxá (25008, p. 19) explana que “esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança”.

A criança/adolescente, por sua vez, é quem recebe a denominação de alienada, devido ao fato dos atos alienadores recaírem sobre ela. A mesma denominação recebe também o pai ou parente alvo desses atos, em decorrência de ser a vítima visada pelo alienador. Cabe ressaltar que, embora qualquer sujeito que integre o círculo afetivo da criança possa ser vítima da alienação parental, em sua grande maioria esta é direcionada a um dos pais.

A alienação parental pode ocorrer através das mais diversas manobras, cujo escopo é afastar o menor do convívio com o alienado.

6.3 Formas de Alienação Parental

A Lei n.º 12.318/10, que trata da alienação parental, traz, em seu artigo 2º, parágrafo único, algumas formas exemplificativas de alienação parental, sem prejuízo de outras que possam ser constatadas pelo magistrado no caso concreto.

Assim, são formas de alienação parental:

Art. 2º. [...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Percebe-se, com base no exposto, que o objetivo do alienador é afastar a criança ou o adolescente do convívio com o alienado, que na maioria das vezes é um dos pais.

A psicóloga Andréia Calçada (2009, s.p.), em participação no documentário “A Morte Inventada”, que revela o drama vivido por pais e filhos vítimas da alienação parental, revela que:

Muitas vezes, a alienação parental já pode existir dentro do casamento. É aquela mãe, por exemplo, que acha que sempre dá conta de tudo, desqualifica a todo tempo a função do outro enquanto pai. Naquela relação ela não qualifica para a criança esse pai, como alguém que protege, alguém que cuida, alguém que é importante. Ela prefere delegar os cuidados da criança à família dela, mas não ao pai, nem à família do pai.

Assim, o alienador inculca na prole a ideia de que apenas há segurança em sua companhia, vez que deseja exclusividade no vínculo com o

menor. Essa exclusividade afetiva da criança e/ou adolescente impossibilita o seu desenvolvimento pleno, já que o medo de sair da “proteção” oferecida pelo alienador e encarar o mundo repleto de outras pessoas que lhe “oferecem riscos”, impede o enfrentamento do menor com a realidade, impossibilitando-o de testar sua capacidade de discernimento.

O alienador chega, até mesmo, a fazer chantagem emocional com o filho, obrigando-o a escolher um dos pais. Dessa forma, a criança e/ou adolescente se vê forçado a tomar partido de um dos pais, sendo colocado em uma situação constrangedora.

Tal conduta constitui tortura psíquica, com sérias conseqüências para a criança/adolescente, que se vê obrigado a escolher o amor e a presença de apenas um dos pais, enquanto deve abortar o outro de sua vida.

Segundo Maria Antonieta Pisano Motta (2011, p. 114), “o medo que as crianças têm de perderem um dos pais quando da separação pode tornar-se realidade se o genitor guardião impedir ou dificultar o contato do genitor não guardião com a criança”.

Ainda de acordo com a mesma autora, “defender os filhos do que não existe deixa de ser defesa para ser “abuso” emocional grave, com grave conseqüências para o desenvolvimento normal deles”. (MOTTA, 2011, p. 115).

Em casos tais, faz-se necessário uma reaproximação da criança com o pai alienado, a fim de que haja uma mudança na percepção da realidade por parte do menor, com o intuito de desfazer os malefícios da alienação parental.

6.4 Conseqüências da Alienação Parental

A alienação parental constitui forma de abuso psicológico para a criança e o adolescente, acarretando conseqüências nefastas no desenvolvimento dos mesmos.

De acordo com informações do Tribunal de Família (s.d., p. 02) americano, a alienação acarreta marcas muitas vezes difíceis de serem apagadas, na vida de crianças e adolescentes vítimas da alienação parental, que vão desde a

depressão, até o envolvimento com drogas e álcool, podendo, em certos casos, levar até ao suicídio.

Dessa forma, relata a Family Court (s.d., p.02):

The effects of parental alienation include long-term depression, inability to function in a normal psycho-social framework, ego and identify dysfunction, despair, uncontrollable guilt, isolation, hostility, disorganization, personality "splitting" and even suicide. Research also shows that adult children of alienation are prone to alcoholism, drug abuse and other symptoms of internal distress.

Pelo fato de se sentir abandonada por alguém que amava, a criança/adolescente também poderá apresentar resistência em se relacionar com as pessoas quando atingir a fase adulta, vez que dificilmente conseguirá depositar confiança em outrem.

Assevera Maíra Fernanda Benvido Mazini (2011, p. 69) que:

[...] quando essas chegam à fase adulta não conseguem depositar confiança nas demais pessoas, porque se já sentem que foram enganadas por alguém tão próximo (que dizia que a amava), quem dirá que essas pessoas que acabaram de conhecer e não tem nenhum vínculo mais forte, são realmente confiáveis?
Portanto, podemos dizer que essa conduta praticada de forma egoística por seu genitor, pode causar transtornos psicológicos, que jamais poderão ser revertidos, dependendo da situação.

Apesar da gravidade das consequências expostas, a pior delas é o surgimento da Síndrome da Alienação Parental, vez que é a partir dela que decorrem os efeitos mais deletérios na vida do menor.

Segundo Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca (2006, p. 166):

A síndrome, uma vez instalada no menor, enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento.

Devido a isso, o presente trabalho passará, na seqüência, a analisar a aludida Síndrome, por ser esta a consequência mais gravosa que pode acometer a criança ou adolescente, quando objetos da alienação parental.

7 SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Como já exposto, a alienação parental, se não dispensada a atenção necessária quando do surgimento de suas primeiras manifestações, pode desenvolver para uma forma mais grave de alienação, qual seja, a Síndrome de Alienação Parental (SAP).

Richard Gardner, psiquiatra norte-americano, foi o primeiro a identificar e nomear o fenômeno da alienação parental, em 1985, elevando-o ao status de síndrome, e considerando-a uma forma de abuso emocional contra a criança. (SILVA, 2009, p. 43).

Nas palavras de Richard Gardner (s.d., s.p.):

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

Assim, a aludida síndrome consiste no resultado final obtido pelo alienador com a campanha depreciativa, onde a criança, absorvendo todos os fatos alegados constantemente, ainda que falsos, inicia, por conta própria, a campanha difamatória. O menor passa a repudiar um dos pais sem uma justificativa plausível. A iniciativa parte da própria criança, que busca o pronto afastamento do outro ascendente. Conviver com o pai alienado passa a ser pesaroso, um verdadeiro martírio.

Em complemento, aduz Maíra Fernanda Benvido Mazini (2011, p. 73) que “tal conduta alienadora para ser instalada precisa da colaboração, que na maioria das vezes é involuntária, da criança; já que esta necessita desenvolver um papel de aversão para com o seu genitor”.

É cediço que, nesse ínterim, os laços afetivos entre a criança/adolescente e o alienado vão se enfraquecendo, até desaparecerem por

completo. Percebe-se, então, que quando a síndrome está implantada, consequências terríveis advêm dessa prática, como prejuízos de ordem emocional e comportamental, problemas estes muitas vezes irremediáveis.

Portanto, não se deve confundir a Síndrome da Alienação Parental com a alienação parental, vez que esta consiste nas manobras dispensadas pelo alienador com o escopo de afastar o filho da convivência com o outro, enquanto que aquela são as consequências advindas de tais atos, ocasionando sequelas de toda ordem, como emocionais e comportamentais.

Devido ao fato da síndrome em comento decorrer dos atos alienadores, importante é que se faça uma explanação acerca dos comportamentos e manobras utilizadas pelo alienador para a instalação da Síndrome da Alienação Parental.

7.1 Comportamentos Característicos do Alienador

A Síndrome da Alienação Parental não se instala do dia para a noite, mas sim progressivamente. Dessa forma, o alienador, durante o processo de alienação, faz uso de algumas manobras, sendo muitas delas descritas por Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 55-56) como as seguintes:

1. Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos;
2. Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas;
3. Apresentar o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como “a sua nova mãe” ou “o seu novo pai”;
4. Interceptar a correspondência dos filhos (por quaisquer meios: internet, MSN, Orkut, torpedos, cartas, telegramas, telefonemas, etc.);
5. Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
6. Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades extraescolares em que os filhos estão envolvidos;
7. Impedir o outro genitor de exercer o seu direito de visita;
8. “Esquecer-se” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);
9. Envolver pessoas próximas (mãe, novo cônjuge, etc.) na “lavagem cerebral” dos filhos;
10. Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor (escolha da religião, escola, etc.);
11. Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
12. Sair de férias sem os filhos, deixando-os com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
13. Proibir os filhos de usar a roupa e outras ofertas do genitor;

14. Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
15. Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos;
16. Ameaçar freqüentemente com a mudança de residência para um local longínquo, para o estrangeiro, por exemplo;
17. Telefonar freqüentemente (sem razão aparente) para os filhos durante as visitas do outro genitor.

Assim, através de pequenos e cotidianos atos, o alienador, ressentido pelo término da relação conjugal, dá causa para a instalação da Síndrome de Alienação Parental, sem muitas vezes se atentar para as terríveis conseqüências que tal ato pode produzir.

Nesse ínterim, os sujeitos envolvidos apresentam alguns sintomas ou características semelhantes, merecedoras de atenção, vez que, se houver um agir rápido, logo nas suas primeiras manifestações, aumentam-se as chances de se frear tal fenômeno, minimizando, dessa forma, as suas conseqüências deletérias.

7.2 Características da Síndrome de Alienação Parental

A alienação parental, em seu estágio mais avançado, foi elevado ao status de síndrome, em decorrência dos sujeitos envolvidos (alienador e alienado) apresentarem, comumente, os mesmo sintomas.

Richard Gardner (s.d., s.p.), em seu artigo intitulado “O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?”, apresenta alguns dos sintomas apresentados por crianças/adolescente acometidos pela Síndrome de Alienação Parental, quais sejam:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do “pensador independente”.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações ‘encomendadas’.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado

Em casos tais, o menor se mostra hostil e agressivo em relação ao alienado, ao mesmo tempo em que demonstra medo em estar na sua companhia.

Tem-se, portanto, que caso se constate o surgimento de um ou mais sintomas apresentados acima, em uma criança ou adolescente, muito provavelmente se estará diante da Síndrome de Alienação Parental.

Cabe destacar que o menor pode não apresentar todos os sintomas, mas apenas alguns deles, o que guarda estrita relação com o grau de alienação em que o mesmo se encontra, e que será exposto mais adiante.

Ocorre que, a criança ou adolescente só apresentará tais sintomas caso haja um sujeito, denominado alienador, por trás de tudo isso, vez que é ele quem objetiva o afastamento entre a prole e o pai (ou parente) alienado.

Atentando-se a isso, Richard Gardner (s.d., s.p.) também expôs no artigo acima citado, algumas características comuns apresentadas pelos alienadores, e que servem como diagnósticos para a Síndrome da Alienação Parental, sendo que ele as subdivide em quatro espécies de transtornos.

O primeiro deles é denominado de Transtorno delirante, sendo o mais comum o do tipo persecutório, onde o alienador queixa-se constantemente do alienado, acusando-o de perseguição, vez que acha que recebe tratamento injusto e maldoso do mesmo.

Nas palavras de Richard Gardner (s.d., s.p.):

Esse diagnóstico é geralmente aplicável ao doutrinador da SAP, que pode inicialmente reconhecer que as queixas sobre o comportamento do genitor alienado são fabricações conscientes e deliberadas. Entretanto, com o tempo, as fabricações podem transformar-se em delírio e serem tomadas como reais pelo genitor doutrinador. E o mesmo processo pode finalmente ser aplicável à criança.

O segundo transtorno, por sua vez, diz respeito ao Transtorno de personalidade paranóide, que é uma evolução do Transtorno delirante, acima descrito.

O seu surgimento pode ocorrer antes mesmo da separação do casal, ou seja, pode apresentar-se ainda durante a constância do casamento ou da união estável.

Aludido transtorno é descrito por Richard Gardner (s.d., s.p.) como sendo:

Uma desconfiança e uma suspeita difusas dos outros tais que seus motivos são sempre interpretados como malévolos, começando na idade adulta e presentes em uma variedade de contextos, sendo indicado por quatro (ou mais) dos seguintes sintomas:

1. ter suspeitas, sem base suficiente, de que os outros são exploradores, prejudiciais, ou que o estão enganando.
2. ficar preocupado, com dúvidas injustificadas, sobre a lealdade ou a confiabilidade dos amigos ou colegas.
3. ficar relutante em confiar nos outros por causa do medo despropositado de que a informação seja usada de forma maliciosa contra si
4. ler significados aviltadores ou ameaçadores escondidos em observações ou em eventos benignos
5. carregar persistentemente rancores, isto é, ser implacável com insultos, ofensas ou deslizes.
6. perceber ataques ao seu caráter ou reputação que não são aparentes aos outros e ser rápido em reagir irritadamente ou contra-atacar
7. ter suspeitas periódicas, sem justificção, a respeito da fidelidade do esposo ou do parceiro sexual.

O terceiro transtorno, denominado de Transtorno da personalidade borderline (TPB), da mesma forma que o anteriormente exposto, é passível de ser reconhecido antes mesmo da separação do casal. Contudo, a sua maior incidência ocorre após o divórcio ou término da união estável, vez que é neste momento que os cônjuges são tomados por sentimentos de raiva e solidão.

Assim, Richard Gardner (s.d., s.p.) o descreve como:

[...] um padrão invasivo de instabilidade dos relacionamentos inter-pessoais, auto-imagem e afetos, marcado por acentuada impulsividade começando no início da idade adulta, estando presente em uma variedade de contextos, sendo indicado por cinco (ou mais) dos seguintes sintomas:

1. esforços frenéticos para evitar um abandono real ou imaginado. Nota: Não se inclui aqui tendências suicidas ou comportamentos de auto-mutilação, cobertos no critério 5.
2. padrão de relacionamentos inter-pessoais instáveis e intensos, caracterizados pela alternância entre extremos de idealização e desvalorização.
3. distúrbio de identidade: auto-imagem ou self acentuada e persistentemente instável
4. impulsividade em pelo menos em duas áreas potencialmente prejudiciais a si próprio (por exemplo, gasto, sexo inseguro, abuso de substância, direção imprudente, comer em excesso). Nota: não se inclui aqui tendências suicidas ou comportamento de auto-mutilação, cobertos no critério 5.
5. comportamento suicida, gestos ou ameaças suicidas, ou comportamento auto-mutilante recorrentes.
6. instabilidade afetiva devido a uma acentuada reatividade do humor (por exemplo: disforia episódica intensa, irritabilidade ou ansiedade, durando geralmente algumas horas e apenas raramente mais do que alguns dias).
7. sentimentos crônicos de vazio
8. raiva intensa e inadequada, ou dificuldade de controlar sua raiva (por exemplo: freqüentes explosões temperamentais, raiva constante, brigas corporais freqüentes).

9. ideiação paranóide ou sintomas dissociativos graves e transitórios, associados a situações de extremo stress, mas sem gravidade suficiente para indicarem um diagnóstico adicional.

Por fim, o quarto transtorno é o Transtorno de personalidade narcisista, e pode ser percebido no início da fase adulta. O alienador com este transtorno se coloca numa posição de supremacia, onde entende ser melhor que os outros e, portanto, merecedor de atenção especial, não lidando bem com situações de perda, onde não há o acolhimento de suas vontades.

O alienador se considera a única pessoa apta a cuidar da criança/adolescente, vez que julga os demais como sendo inferiores e, portanto, incapazes de cumprir com tal tarefa.

Nas palavras de Richard Gardner (s.d., s.p.), o aludido transtorno pode ser entendido como:

Um padrão invasivo de grandiosidade (na fantasia ou no comportamento), necessidade de admiração, falta da empatia, começando no início da idade adulta e presente em uma variedade de contextos, indicado por cinco (ou mais) dos seguintes sintomas:

1. há um sentimento desproporcionado da própria importância (por exemplo, exagera suas realizações e superestima seus talentos, esperando ser reconhecido como superior sem as realizações proporcionais).
2. existe uma preocupação constante com a fantasia de sucesso ilimitado, poder, inteligência, beleza ou amor ideal.
3. acredita que é superior, especial e único, podendo somente ser compreendido de perto, ou que deve associar-se com outras pessoas (ou instituições) especiais ou de situação elevada.
4. exige admiração excessiva
5. tem um sentimento de merecimento, isto é, tem expectativas irracionais de receber tratamento especial e obediência automática às suas expectativas.
6. é explorador nos relacionamentos inter-pessoais, isto é, aproveita-se dos outros para atingir suas próprias finalidades.
7. falta de empatia: reluta em reconhecer ou se identificar com os sentimentos e as necessidades alheias
8. é frequentemente invejoso ou acredita que os outros tem inveja dele
9. mostra comportamentos ou atitudes arrogantes, esnobes, insolentes ou desdenhosas.

Assim, com base no exposto, percebe-se que, tanto alienador quanto alienado apresentam sintomas comuns referentes a cada um dos grupos. Porém, uma coisa é certa, os sintomas das crianças e adolescentes alienadas são decorrentes das características apresentadas pelo alienador, motivo pelo qual estas devem ser combatidas primeiro.

Os menores, como dito alhures, podem apresentar um ou mais dos sintomas descritos, dependendo do grau de alienação em que se encontram, motivo pelo qual os mesmos passarão a ser analisados.

7.3 Graus de Manifestação da Síndrome de Alienação Parental

O surgimento da Síndrome de Alienação Parental não ocorre do dia para a noite, mas sim, precisa de tempo, onde a cada dia, em um processo contínuo, e com a ajuda do alienador, a mesma vai sendo implantada. Assim, ela pode ser dividida em três graus: leve, moderado e grave.

No grau leve, pode-se dizer que ainda não há a implantação da síndrome, mas mera tentativa de alienação parental, onde o alienador procura incutir na criança ideias distorcidas acerca do alienado, sendo que tal manobra não é suficiente para afastar o menor da convivência pacífica com o outro pai, vez que as visitas são feitas sem problema algum.

Aduz Analícia Martins de Souza (2010, p. 106), com base nos estudos de Richard Gardner, que: “em resumo, no nível leve, a criança apresenta manifestações superficiais e intermitentes de alguns sintomas”.

Já no nível moderado ou médio, a criança/adolescente, nas palavras de Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 76-77), “começa a sentir a contradição (ambiguidade) de sentimentos: ama o outro pai (alienado), mas sente que precisa evitá-lo para não desagradar o alienador. Existem conflitos, depressão, sensação de não conseguir identificar o que realmente sente”.

A criança/adolescente mostra-se receosa em ficar na presença do pai alienado, bem como já participa da campanha difamatória do mesmo (embora não com toda força quanto no nível grave), porém, quando fica sozinha com ele, relaxa e se mostra mais receptiva, abandonando o comportamento denegritório, principalmente quando permanece na companhia do ascendente por um longo tempo.

Em casos tais, Richard Gardner (2001, s.p.) aduz:

I recommend that custody still remain with the alienating parent. This plan is applicable when the children are still visiting, but are significantly alienated. However, the alienating parent is likely to discontinue programming the children once the court concludes that the children shall remain with him (her).

O autor em comento entende que quando se trata de grau moderado de alienação, em que o alienador apenas coloca entraves quanto à realização das visitas do pai alienado, a guarda da criança ou adolescente deve permanecer com o alienador porque há uma grande probabilidade dos atos alienadores cessarem, visto que ele pode deixar de se sentir ameaçado e consentir nas visitas.

Contudo, a isenção de sanções só perdurará caso o alienador passe a respeitar o direito de visitas do alienado, pois se houver o desrespeito quanto ao mesmo, uma ou mais sanções deverão ser impostas, como forma de se evitar a continuidade de tais atos.

Porém, em outros casos de nível moderado de alienação parental, em que o litígio parece se estender, demonstrando o alienador que os atos alienadores já se encontram enraizados em seu psíquico, é recomendável que a guarda seja transferida ao pai alienado, pois muito dificilmente o atual guardião cessará a alienação.

É o que preconiza Richard Gardner (2001, s.p.), ao discorrer que “the alienation process has become a modus vivendi and has become so deeply embedded in the psychic structure of the alienator that it is unlikely that the programming procedures will stop when the litigation is over”.

Apesar da constante programação, as crianças/adolescentes ainda são inseridas no nível moderado pelo fato de ainda manterem um certo contato com o pai alienado. Entretanto, as mesmas caminham para o nível grave de alienação, devendo, dessa forma, haver a intervenção do judiciário, com a mudança da guarda, evitando, assim, consequências nefastas e muitas vezes irremediáveis.

Segundo Maíra Fernanda Benvido Mazini (2011, p. 83):

Pode-se constatar que essas duas primeiras fases estão entrelaçadas, e não há ainda uma ruptura brusca na convivência entre a criança e o genitor alienado. Afinal se têm o início da instalação da SAP, mas a criança ainda se sente segura com o seu genitor alienado, e o ama.

Por fim, o nível grave, quando então se pode falar realmente que a Síndrome de Alienação Parental está instaurada, apresenta-se quando a criança passa a rejeitar o pai alienado, envolvendo-se completamente com o alienador. É nesse nível que podem surgir, então, as falsas denúncias de abuso sexual.

Nessa fase as crianças/adolescentes se recusam, com veemência, a ir com o pai alienado durante as visitas, choram, esperneiam, enfim, causam grandes perturbações a um momento que seria de reencontro e alegria.

Assim, Richard Gardner (2001, s.p.) entende que, em se tratando de nível grave de alienação, é inviável a mudança da guarda do filho para o pai alienado, vez que isso só acarretará prejuízos ao menor, que o repudia. Porém, caso a criança seja mantida na posse do alienador, a reconciliação com o alienado praticamente deixará de existir. Devido a isso, aludido autor recomenda que haja a instalação de um programa de transição local, onde a criança/adolescente, aos poucos, será inserida no ambiente do pai alienado, a fim de que recupere os laços afetivos antes existentes entre eles.

Também o contato com o alienador deve ser reduzido, sendo que apenas os magistrados possuem poder para tanto, motivo pelo qual é necessário haver uma parceria do judiciário no combate a essa forma de agressão, que é a alienação.

Nesse contexto, urgente se faz que os juízes ordenem acompanhamento terapêutico às famílias envolvidas com a Síndrome da Alienação Parental. Porém, os magistrados não devem relegar tal função a qualquer profissional, mas sim a um que conheça profundamente aludida síndrome, pois caso contrário pouco, ou nenhum passo será dado rumo à desprogramação do menor.

Nas palavras de Richard Gardner (2001 s.p.):

Children in the moderate and severe categories need to be treated by a therapist who is knowledgeable about the special techniques necessary for the treatment of PAS children. Therapists who are not familiar with these special techniques are not likely to be helpful to them.

Do mesmo entendimento compartilha Maria Antonieta Pisano Motta (2011, p. 116), ao aduzir que, constatada a Síndrome da Alienação Parental, os filhos, assim como os pais, devem ser submetidos a uma terapia, porém não àquela tradicional. Segundo ela:

[...] é fundamental que se garanta a realização de uma terapia vincular ou familiar que terá por objetivo “trabalhar” as relações interpessoais, familiares, que se encontram adoecidas, para que se alcance a possibilidade de nova convivência livre de conflitos. Tal terapia, se não alcançada por meio de acordo entre as partes, deverá ser coercitiva e realizada por consequência de sentença judicial e parecer psicossocial. Quando se verificar que a solução não se aplica ao caso, quer porque já tenha havido interrupção de terapias anteriores ou falte de modo completo a cooperação por parte do alienador, a solução por certo se encontra na mudança de guarda. Em outros casos, é na mudança de guarda acrescida da terapia dos vínculos prejudicados (que deve necessariamente incluir ambos os genitores, e não apenas o atingido pelas consequências da SAP) que reside a solução mais viável e eficaz.

Assim, logo que comprovado indícios de alienação parental, ainda que a síndrome não tenha sido instalada, é necessário que haja, o quanto antes, uma intervenção, com o fito de interromper tal fenômeno e seus possíveis danos, entre eles o rompimento dos laços antes existentes entre a criança e o pai alienado, pois, caso nada seja feito, aludida síndrome pode dar causa até mesmo para falsas acusações de abuso sexual.

7.4 Falsas Acusações de Abuso Sexual

Em sua busca descomedida de afastar pai/mãe e filho, o alienador lança mão dos mais ardilosos meios, podendo, inclusive, valer-se das falsas acusações de abuso sexual, sendo esta a manobra mais asquerosa a que pode fazer uso.

Explana Stephanie de Oliveira Dantas (2011, p. 33), que “trata-se de um abuso psicológico grave e extremamente perverso, que sem dúvida danificará o desenvolvimento da criança, não só mutilando a relação desta com o outro genitor, mas criando uma confusão psíquica irreversível”.

O alienador, insistente e repetidamente relata fatos distorcidos ao menor, até que este passe a acreditar em tudo que lhe foi dito, vez que já não mais distingue o que é falso e o que é real. A criança ou adolescente, então, passa a se identificar com o alienador, buscando neste a segurança de que necessita, vez que perante os seus olhos o pai alienado representa perigo.

Assevera Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 93) que:

O fato mais grave de toda acusação de abuso sexual/físico é que, diante da repetição do relato, isso vai além da mera suposição de que a criança acredita no que verbaliza: a criança estrutura memórias, chegando a afirmar que “se lembra” dos fatos que não ocorreram ou de pessoas que desconhece.

Ao chegar tal denúncia ao Poder Judiciário, o magistrado não pode se omitir, vez que interesses do menor estão em jogo. Assim, quando surgem denúncias de abuso sexual infantil, é imprescindível que se averigüe o fato, antes mesmo de se caracterizar o ocorrido como sendo um ato oriundo da síndrome ora estudada, pois o abuso pode ser verídico, e o acusado dizer que tais alegações não passam de uma forma de se incutir a Síndrome de Alienação Parental.

A dificuldade inicial em se constatar se a acusação é verídica ou não consiste na fragilidade das provas iniciais, onde há apenas uma mera suspeita, mas que na maioria das vezes termina com o afastamento do pai/mãe acusado da vida do menor.

No documentário “A Morte Inventada” (2009, s.p.), restou comprovado que, na maioria das vezes, o alienador entra com uma medida cautelar de afastamento, sendo esta imediata, vez que o juiz e o promotor apenas ouvem um lado da história, sendo que se há risco, afasta-se. Enquanto isso, o outro lado, ou seja, o acusado dos abusos, terá prazo para apresentar suas razões, sua defesa e suas provas.

Contudo, o problema reside no tempo, pois se está trabalhando com crianças e adolescentes, bem como com prazos judiciais, que são longos, e geralmente culminam na perda da convivência entre pai e filho, devido a dificuldade de se reatar os laços perdidos.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 464):

É enorme a dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Difícil reconhece que se está diante da síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Mister que a justiça se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança, a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias, com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Importante se faz uma parceria do Judiciário com profissionais da área da saúde, como psicólogos e psiquiatras, para que haja um estudo multidisciplinar

dos casos de abuso levados aos tribunais, a fim de se comprovar se os atos decorrem ou não de atos de alienação parental.

Entretanto, não basta ser qualquer profissional, havendo a necessidade de que o mesmo tenha amplo conhecimento e experiência nesse tipo de caso.

Um meio de se investigar se a acusação é séria ou se trata de atos alienadores é investigar a relação da criança/adolescente com o alienado antes e depois do divórcio, pois é praticamente impossível que uma relação de amor e afeto se transforme, num curto espaço de tempo, em uma relação desprezível. Outro motivo que justifica essa investigação é que, normalmente, em casos reais de abuso, o mesmo já ocorria na vigência do casamento, onde até mesmo a mãe era submetida a tanto.

Destarte, o profissional designado pelo juiz para acompanhar o caso pode fazer uso do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei n.º 12.318/10, que preconiza acerca do laudo a ser feito. Assim, dispõe o aludido artigo:

Art. 5º [...]

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

Ocorre que pode transcorrer um tempo consideravelmente longo entre a denúncia e o resultado da perícia, motivo pelo qual não deve o magistrado decretar, de forma preliminar, a suspensão das visitas, salvo se houver provas reais do abuso praticado.

Destarte, o magistrado pode determinar que as visitas sejam assistidas, como forma de se proteger o menor, ao mesmo tempo em que são preservados os laços paterno/materno-filial, face à fragilidade da denúncia.

O magistrado Gerardo Carnevale (2009, s.p.), em entrevista para o documentário supra citado, expôs seu entendimento no sentido de que quando se tem que as acusações de abuso sexual são falsas, deve haver a inversão da guarda para o pai alienado, em detrimento daquele que foi capaz de fazer uma acusação sem qualquer embasamento, e que se mostrou totalmente inexistente.

Ainda de acordo com o referido magistrado, em casos assim, especificamente, deve haver uma sanção prevista ainda no início da ação, para que o genitor guardião repense suas atitudes antes de se continuar com o andamento do processo, pois assim ele saberá quais são as consequências.

Também em participação no documentário ora mencionado, discorreu a psicóloga e advogada Alexandra Ullmann (2009, s.p.) acerca das falsas acusações de abuso sexual:

Uma coisa muito grave e que às vezes as pessoas não percebem é que, quando você acusa falsamente um genitor de abuso sexual, você faz com que essa criança seja revitimizada diariamente, você faz com que ela repita essa história inúmeras vezes, e você vai transformar essa criança em um adolescente com uma memória que não é efetiva. É o que a gente chama de falsas memórias. Então você tem uma criança que não tem a memória sensorial, ela não lembra fisicamente do abuso, mas ela tem a certeza, porque a pessoa que contou para ela desse abuso, que reafirmou, é a pessoa em que ela mais confia. Olha o conflito gerado, você transforma o adulto dicotomizado, é um adulto que tem um sensorial diferente do que ele lembra.

Chega-se, portanto, à conclusão de que, havendo denúncia de abuso sexual contra menor, a mesma deve ser investigada, a fim de se punir o praticante de tal ato, que pode tanto ser o pai acusado, quanto o que acusa falsamente, uma vez que este também pratica uma forma de agressão contra a criança/adolescente, ao incutir em sua mente a ideia de que foi vítima do mencionado abuso.

Não restam dúvidas de que a prática de atos alienadores se revela extremamente perniciososa, afetando de maneira drástica o menor, visto que dela advêm consequências maléficas, como se verá adiante.

7.5 Consequências Advindas da Síndrome de Alienação Parental

Com base no exposto até o momento, não restam dúvidas de que a maior consequência negativa advinda da Síndrome da Alienação Parental é a perda dos laços afetivos da criança com o pai alienado, o que a privará de um desenvolvimento sadio e pleno no seio familiar.

Contudo, outras consequências derivam dessa perda afetiva, pois num primeiro momento, a criança se agarra de forma intensa à figura do pai alienador, devido ao medo de perdê-lo, e com isso passa a odiar o outro ascendente, que para ele é o causador de todo o sofrimento vivenciado por ele e pelo alienador.

Ocorre que, tempos depois, quando a criança se torna adulta, ela acaba, por vezes, descobrindo a farsa em que foi envolvida, e passa a se sentir culpada por ter desprezado e se afastado do pai alienado, que só lhe quis bem, e dessa forma passa a odiar o alienador, que a envolveu em uma rede de mentiras. Assim, a criança passa a sua vida, quase que inteira, alimentando sentimentos negativos em relação a um dos pais.

No mesmo sentido são as palavras de Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 79), ao explicar que “isso compromete o desenvolvimento psíquico da criança/adolescente, porque ela passa boa parte do tempo odiando o outro genitor (alienado), e depois pode acabar odiando o genitor alienador!”.

Não raras vezes, o filho, após descobrir toda a trama em que esteve envolvido, resolve procurar pelo pai alienado, a fim de retomar o tempo perdido. Entretanto, pode acontecer do mesmo deparar-se com uma realidade totalmente diversa da pretendida, quando o pai já faleceu, ou então desapareceu, devido todo o ocorrido e rejeição sofrida. Dessa forma, sem ter um rumo certo, o filho, acometido pelo remorso, se encontra mais propício a se enveredar num mundo de vícios, que pode culminar, inclusive, com o fim de sua vida.

Discorre Maria Antonieta Pisano Motta (2011, p. 111) que os efeitos da síndrome na vida das crianças/adolescentes por ela acometidas podem ser:

[...] depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e, por vezes, suicídio.

Diante de tais consequências, é explícita a situação de perigo a que são expostos os sujeitos envolvidos na alienação parental, mormente quando esta evolui e adquire o status de síndrome.

Nessa empreitada alienadora, todos perdem: a criança, porque perde o direito de ter um desenvolvimento pleno e saudável, ao ser impedida de gozar de

uma convivência familiar; o pai (ou parente) alienado, porque perde o direito de se relacionar com o filho e ajudá-lo nas descobertas da vida, vez que é privado de exercer seus direitos paternos/maternos; e o alienador, por sua vez, também perde, principalmente quando o filho se torna independente e descobre toda a farsa na qual esteve envolvido, quando então se afasta dele, passando o alienador a ocupar a posição antes tida pelo alienado, ou seja, a de hostilidade e desprezo.

Ainda, segundo a Desembargadora Lúcia Maria Miguel (2009, s.p.), em relato ao documentário “A Morte Inventada”, a Síndrome da Alienação Parental afeta toda a sociedade, porque a coletividade está lidando com uma pessoa desequilibrada, e a criança que vai sofrer tudo isso, mais tarde também vai ter consequência para a sociedade.

Assim, necessário se faz voltar a atenção para o problema relatado, a fim de se inibir a prática de tais atos, que apenas ocasionam consequências devastadoras, não apenas na vida dos envolvidos na citada síndrome, mas também em toda a sociedade. Pensando nisso, o Poder Legislativo brasileiro aprovou, em 26 de agosto de 2010, a Lei n.º 12.318/10, que trata da Alienação Parental.

A aludida lei é de grande valia, pois demonstra que o Estado brasileiro não mais se omite face a ocorrência de atos alienadores, motivo pelo qual a mesma merece ser estudada.

8 ANÁLISE DA LEI N.º 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010

Não havia no ordenamento jurídico brasileiro, até meados do ano de 2010, nenhum preceito legal tratando da Alienação Parental. Contudo, no referido ano, o legislador rompeu com a inércia face aos malefícios que há muito assombram as famílias brasileiras, em especial os filhos menores, que vivenciam conflitos psicológicos sem razão de ser, principalmente após o divórcio de seus pais, quando este se dá de forma mal resolvida.

Assim, foi aprovada a Lei n.º 12.318, em 26 de agosto de 2010, que teve sua origem no Projeto de Lei n.º 4.053/2008, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, e que dispõe acerca da Alienação Parental. Embora ainda pequeno, um importante passo foi dado com a promulgação da aludida lei, que, em complemento ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Constituição Federal de 1988, caminha no sentido de se proteger a criança, garantindo-lhe o direito a uma convivência familiar saudável.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 306) que:

A referida Lei n.º 12.318/2012, ao dispor sobre a síndrome da alienação parental, fortaleceu o direito fundamental à *convivência familiar*, regulamentada no capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente e que diz respeito ao direito da criança ou adolescente ao convívio com ambos os pais.

Diante disso, importante fazer um breve estudo acerca da aludida lei, que busca regular a situação da alienação parental, inclusive definindo-a, como o faz o seu artigo 2º:

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

Percebe-se, portanto, que o artigo transcrito conceitua a alienação parental como um processo, onde um dos pais, ou até mesmo algum parente ou terceiro, procura afastar a criança e/ou adolescente da convivência com os demais

parentes, entre eles o outro pai, através de alegações distorcidas a seu respeito, o que culmina numa interferência maléfica na formação psicológica do menor.

Como já exposto no capítulo anterior, o sujeito que pratica atos com o escopo de afastar a criança e/ou adolescente do contato com um dos pais, denomina-se alienador, e pode tanto ser um dos próprios pais, como qualquer parente que conviva com a criança, bem como terceiros responsáveis pelo menor.

Explanam Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 49) que:

[...] essa interferência prejudicial na formação psicológica do menor não é exclusividade dos genitores, mas sim de todo e qualquer parente que tenha o convívio com o menor e que possa dessa relação criar o mecanismo de quebrar o vínculo com o genitor e o menor.

Tem-se, portanto, que apesar da alienação ocorrer, em sua grande maioria, por atos provenientes de um dos pais, nada impede que outras pessoas figurem no papel de alienador.

O menor, sofrendor das consequências advindas de tais atos, denomina-se alienado, recebendo a mesma denominação o pai alvo da campanha difamatória.

Como evidenciam Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 46):

O alienador procede de maneira a instalar uma efetiva equivocidade de percepção no alienado (criança ou menor) quanto aos elementos que compõem a personalidade do vitimado. Evidente que a criança ou adolescente são vítimas da situação de alienação parental, contudo, isto é assim sob a perspectiva ex parte principi (Estado), posto que adentrando à relação familiarista, por passar a ter uma noção equivocada da situação, a criança ou o menor serão considerados alienados e aquele sobre quem se deturpa a realidade será o vitimado.

Apesar de a lei dar a entender que apenas os pais podem ser vítimas da alienação, juntamente com o filho, perfeitamente possível é o entendimento de que também outros parentes próximos ao menor, tais como os avós, podem figurar como alienados e, portanto vítimas, quando impedidos de terem contato com o neto, em violação ao seu direito de convivência para com a pessoa dele.

Nesse contexto, é importante destacar o que preconiza o parágrafo único, do artigo 2º, da lei ora em comento, uma vez que o mesmo traz formas

exemplificativas de atos realizados pelo alienador, e que configuram a alienação parental:

Art. 2º. [...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Contudo, tal rol não é taxativo, vez que o juiz, mediante elementos conseguidos em audiência, ou mesmo através de perícia, pode constatar atos outros que também constituam formas de alienação parental.

Para tanto, o magistrado pode fazer uso de um estudo multidisciplinar, através da participação de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras.

Havendo ao menos indícios de alienação parental, medidas devem ser tomadas, a fim de se conter tal ato, que pode desencadear a Síndrome da Alienação Parental, que constitui forma mais gravosa da aludida alienação.

O inciso primeiro, do parágrafo único supra transcrito, apresenta a forma mais comum de alienação parental (campanha de desqualificação do genitor), ao menos no início, onde o alienador busca, de todas as maneiras, desqualificar o pai/mãe perante o filho, passando a ideia de que o outro não possui capacidade de cuidar do menor, sendo que se o mesmo estiver em sua companhia, estará desprotegido.

Explana Maria Antonieta Pisano Motta (2011, p. 112), que o objetivo do alienador, ao proceder à campanha difamatória, é inculcar no filho a ideia de que ele só estará seguro em sua companhia, desejando, assim, exclusividade no vínculo com a prole, em detrimento do ex-cônjuge.

Dessa forma, a criança passa, aos poucos, a se sentir insegura na companhia do pai alienado, acreditando piamente nas palavras do alienador.

O inciso II, por sua vez, ao fazer alusão à autoridade parental, refere-se ao poder familiar descrito no Livro IV – Do Direito de Família, contido no Capítulo V – Do Poder Familiar do Código Civil, sendo que este já foi objeto de estudo do presente trabalho.

Pois bem, o poder familiar é o poder conferido a ambos os pais, no cuidado com os filhos menores, ou, nas palavras de Denise Damo Comel (2011, p. 502):

[...] uma função, um verdadeiro encargo atribuído aos pais para que acompanhem, dirijam e protejam os filhos durante toda a menoridade, proporcionando-lhes, cada qual na sua medida, as melhores condições de desenvolvimento e amadurecimento na formação do caráter e da cidadania, sempre na defesa de seus interesses, até que cheguem à maturidade.

Como se depreendeu no Capítulo 3 deste trabalho, não ocorre a perda do poder familiar pelo simples fato do casamento ou da união estável ter chegado ao fim, sendo necessária a ocorrência de uma situação muito mais grave para que possa haver a perda do referido poder, sendo que as situações ensejadoras da perda do poder familiar estão descritas no artigo 1.638 do Código Civil.

Dessa forma, não é dado a nenhum dos pais o direito de excluir o outro ascendente dos deveres inerentes ao poder familiar.

Ocorre que, caso um dos pais, ou qualquer outra pessoa próxima à criança, se empenhe em retirar a autoridade do outro pai em relação aos filhos, fazendo-os crer que devem obediência apenas a um, dificultando, assim, o exercício do aludido poder, tal ato pode caracterizar alienação parental.

Como dito alhures, o objetivo da prática deste ato, bem como dos demais, é um só, qual seja, afastar a criança do convívio com o outro genitor, como forma de puni-lo pelo fim do relacionamento, vez que é a este atribuída a culpa pelo sofrimento vivenciado com o fim da relação.

A terceira forma de alienação parental, descrita no inciso III, refere-se à prática de atos que visam dificultar o contato do filho com um, ou ambos os pais.

Pois bem, com o fim do vínculo matrimonial, ou da união estável, há a estipulação da guarda dos filhos menores a um dos pais (guarda unilateral), ou a

ambos (guarda compartilhada), a fim de se garantir o direito constitucional dos menores à convivência familiar.

Esse contato é essencial para a plena formação das crianças e dos adolescentes, pessoas em desenvolvimento, motivo pelo qual necessitam de proteção especial.

Devido a sua importância, o contato entre o filho e seus pais deve ser assegurado, nas suas mais diversas formas: contato pessoal, telefônico, por e-mail, carta, etc.

Discorre Fábio Vieira Figueiredo e Gergios Alexandridis (2011, p. 55) que:

Tal contato revela-se como expressão do direito do menor de manter o convívio com o seu genitor, sendo que medidas tomadas pelo guardião do menor que, imotivadamente, impeçam a realização deste contato, se reiteradas, podem denotar a alienação parental, como, v.g., a intolerância quanto a contatos fora das ocasiões em que foram prévia e expressamente estipuladas; impedindo o recebimento e a realização de ligações para o outro genitor; fiscalizando e não tolerando a troca de e-mails.

Assim, uma vez confirmada a restrição do contato paterno-filial, sem uma justificativa plausível, configurada pode restar a alienação parental.

Já o inciso IV preconiza que a alienação parental pode estar em andamento quando o direito de convivência familiar do menor com aqueles que formam o seu vínculo afetivo é dificultado.

Em caso de guarda unilateral, o pai que não a detém possui o direito-dever de visitar o filho, e com ele estar, pelo menos nos dias estipulados para as visitas.

Como também já foi exposto no Capítulo 5, o direito de visita, mais que um direito do não guardião, é um direito do filho, devendo ser respeitado, vez que benefícios advêm desse ato.

Dessa forma, o empecilho imposto a fim de dificultar as visitas do ascendente não guardião, também pode configurar ato de alienação parental, merecendo reprimenda.

Nessa situação pode ser enquadrado o ato do guardião que, propositadamente, resolve passear com o filho justamente no dia de visita do outro pai, sem ao menos comunicá-lo.

Porém, o embargo à convivência familiar também pode ocorrer através da omissão do pai, em estimular a convivência da criança com o não guardião. A respeito do assunto, complementam a questão Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 56), ao aduzirem que:

Esses obstáculos podem ser promovidos simplesmente diante da recusa injustificada do filho em se encontrar com o seu genitor nos dias de visitas, e que encontra no silêncio do genitor que detém a guarda a ausência de estímulo para a manutenção do vínculo.

Contudo, não é todo e qualquer empecilho que deve ser tido como ato de alienação parental. A separação é sempre um momento difícil e delicado, e pode acontecer, em alguns momentos, que o guardião obstaculize a visita do pai que não detém a guarda, mas por motivos outros, sem que isso configure a aludida alienação.

Para saber se o ato objetiva ou não separar o filho do seu ascendente, necessário se faz averiguar se os embaraços às visitas são de forma reiterada ou não, sendo que, em caso positivo, muito provavelmente se estará diante de um caso de alienação parental.

Cabe ressaltar que o direito de conviver com o menor não diz respeito apenas aos pais, mas também aos demais familiares que com a criança ou adolescente mantenham um forte vínculo.

Nesse sentido, claro se faz Euclides de Oliveira (2011, p. 45-46), ao dizer que os avós também têm assegurado o direito de visita aos netos. Logo, caso sofram restrição, também podem ser vítimas da alienação parental.

Assim, inaceitável são as ações com esse fito, que só fazem prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente, além de retirar-lhes um direito constitucional, frise-se, o direito à convivência familiar saudável.

Outra forma de alienação parental pode ser encontrada no inciso V, do parágrafo único do artigo ainda em comento, que explana acerca da omissão de informações atinentes ao filho.

Constitui direito de todo pai o acesso às informações acerca do filho, não sendo admissível qualquer tipo de restrição face um dos pais, vez que ambos possuem os mesmos direitos e deveres, que, como já dito, decorre do poder familiar.

Assim, o pai que omite informações do outro, acerca de eventos escolares, consultas médicas dos filhos, ou quaisquer outros assuntos relevantes, pode cometer atos de alienação parental, ainda mais se há interesse do pai em saber de tais assuntos, e os mesmos lhe são escondidos.

Também constitui ato de alienação parental, segundo Analícia Martins de Souza (2010, p. 174), o fato do guardião, abruptamente, mudar de cidade com o filho, sem nenhuma justificativa plausível.

Tal mudança, ainda que repentina, só tem razão de ser quando motivos justificadores a derem causa, como uma mudança de emprego, por exemplo, ocasião em que a alienação poderá ser descartada, desde que não presente algum outro motivo que a faça perdurar.

Desse modo, o alienador tira proveito da situação, inserindo na mente da criança e/ou adolescente que o alienado não se preocupa com ele, vez que nunca aparece nos eventos escolares, nem se interessa se o filho está ou não doente. Nesse contexto, o menor passa a se sentir abandonado, aproximando-se cada vez mais do alienador, enquanto aos poucos vai se afastando do alienado, e assim, vai concretizando o real desejo daquele.

O inciso VI, por sua vez, retrata a hipótese do alienador apresentar falsa denúncia contra o pai ou parente alienado, visando, dessa forma, dificultar a convivência do mesmo com a criança ou adolescente.

Forma bastante grave de alienação parental são as implantações de falsas memórias na mente do filho, a fim de que este passe a crer que foi vítima de abusos físico ou sexual, por parte de algum parente, no caso, o alienado.

Na sua grande maioria, a falsa denúncia é de abuso sexual, devido a maior dificuldade de comprová-la, vez que os abusos físicos costumam deixar marcas perceptíveis na criança, como os beliscões, por exemplo, que deixam a pele atingida com uma cor roxeada.

Dessa forma, o alienador, através de constantes narrações, insere na mente da criança ou do adolescente, ideias distorcidas acerca do abuso, fazendo-o absorver todos os fatos narrados, até que passe a tê-los como verdadeiros.

Discorre Maria Berenice Dias (2011, p. 463), referindo-se a tal fato, que, a “verdade” narrada pelo alienador “passa a ser verdade para o filho, que vive

com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias”.

Ocorre que, imediatamente após a ciência do fato, o Judiciário não pode se manter inerte, face o princípio da proteção integral que deve ser dispensada à criança e ao adolescente, motivo pelo qual, na maior parte das vezes, acaba por suspender a visita do acusado (que segundo a lei pode tanto ser um dos pais, como qualquer familiar), até que se esclareça a situação.

Expõem Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 58-59) que:

Diante de uma notícia de sua ocorrência, o mais difícil inicialmente é verificar que se trata de falsa denúncia, até porque, diante da gravidade do apontamento, mostra-se necessário de pronto a proteção do menor quanto ao suposto ato atribuído ao genitor ou um dos seus familiares, assim, antes da apuração concreta do ocorrido, pelo dever geral de cautela o juiz determinará a restrição ou mesmo a suspensão do direito de visitas do acusado para a preservação do interesse do menor.

Caso a denúncia seja verdadeira, o crime deverá ser apurado e devidamente punido o acusado, e a medida de afastamento do menor em relação ao acusado não terá consequências maiores. Contudo, o problema existe quando a acusação é falsa, assim como dispõe o inciso em tela, pois todas as manobras tomadas pelo magistrado, apenas servirão para afastar ascendente e descendente, o que vai de encontro ao objetivado pelo alienador.

Fábio Vieira Figueiredo, e Georgios Alexandridis (2011, p. 58-59), com razão, defendem que, uma vez comprovada a falsidade das alegações de abuso, o alienador deverá ser incurso no crime do artigo 339 do Código Penal (denúncia caluniosa), além de ser obrigado a arcar com as sanções decorrentes do Direito de Família, podendo, inclusive, perder a guarda do menor, bem como pagar uma eventual indenização pleiteada pelo pai (ou qualquer outro parente) alienado, decorrente de danos morais.

O mesmo pensamento é compartilhado pela doutrinadora Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 112-113), ao aduzir que:

[...] o pai/mãe prejudicado pela SAP com mensagens difamatórias pode exigir reparação do outro pai alienador, alegando calúnia, difamação, falsa comunicação de crime, denúncia caluniosa, e outros crimes contra a honra previstos no Código Penal.

Nesse contexto, tem-se que, o menor, que também foi vítima do suposto abuso, uma vez que consequências deletérias recaíram sobre ele, ao ser afastado do convívio do parente alienado, também possui legitimidade para pleitear danos morais, mormente em relação à obstaculização de um desenvolvimento pleno e saudável, onde lhe foi privado, sem justa causa, o direito constitucional à convivência familiar.

Por fim, o inciso VII trata da mesma hipótese apresentada no inciso V, qual seja, a situação em que o guardião muda, de forma abrupta, de residência, sem que haja uma justificativa plausível para tanto, motivo pelo qual não serão tecidas maiores considerações.

Ainda, é importante que se faça uma exposição acerca das consequências advindas da prática de alienação parental, motivo pelo qual cabe transcrever o artigo 3º da Lei n.º 12.318/10:

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

O artigo 3º inicia seu texto dizendo que “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente”.

Ocorre que o direito fundamental a que o artigo retrotranscrito faz alusão é o previsto no artigo 227 da Constituição Federal, que preconiza ser dever da família assegurar ao menor, entre outros direitos, a convivência familiar e comunitária, que, de forma implícita, faz parte da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 3º da Carta Magna brasileira.

Maíra Fernanda Benvido Mazini (2011, p. 89), em análise ao artigo em comento, explica que:

[...] veio efetivar o que já era tratado no capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, veio reforçar a ideia de que a criança deve crescer em um ambiente saudável para a sua formação, além de que esta não poderá ser privada do seu convívio com a sociedade e principalmente familiar.

A prática de ato de alienação parental, ao privar o menor do convívio familiar, acaba por prejudicar a relação dele com os demais membros da família, entre eles, o pai alienado, dando ensejo ao surgimento de lacunas na relação da criança ou do adolescente com os demais familiares; lacunas estas que, dependendo do tempo por que vigeram, serão dificilmente encobertas.

Aos pais, em relação aos filhos, é concedido o poder familiar, que visa a proteção e atendimento aos interesses destes. Ocorre que, em casos de alienação parental, evidencia-se o total descumprimento a esse dever, tendo em vista que os atos praticados pelo alienador só visam o interesse dele próprio, pouco importando os malefícios a que os menores são submetidos, pois caso tivessem essa consciência, jamais incidiriam em tais atos.

Ao proceder dessa forma, evidente se torna a prática de abuso moral a que o alienador submete a criança ou adolescente, sendo essa uma forma de violência contra o menor.

Face a gravidade do problema que é a alienação parental, a lei se contenta com meros indícios, não havendo a necessidade de demonstração inequívoca de sua ocorrência para que o Órgão Judiciário tome as medidas processuais cabíveis. Nesse sentido é o artigo 4º da Lei n.º 12.318/10:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

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

Contudo, para haver ao menos indícios de alienação parental, é necessário que as manobras utilizadas pelo suposto alienador sejam reiteradas, e tenham o escopo de afastar o genitor do convívio com o outro pai.

A lei possibilita ao magistrado agir, dispensando prova plena da alienação, porque é objetivo do legislador resguardar a integridade física e psíquica da criança e do adolescente. Se a intervenção estatal só tiver razão de ser após a

comprovação plena da prática de atos de alienação parental, a situação deletéria em que se encontra o menor pode ser irreversível, com efeitos devastadores para a sua formação.

Preconizam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 607), que:

Em uma primeira análise, poder-se-ia até argumentar que tal previsão meramente indiciária afrontaria o sistema constitucional de ampla defesa, mas, em verdade, tal raciocínio não procede, pois o que se tem em mira é, em primeiro plano, a perspectiva de defesa da própria criança ou adolescente, vítima indefesa dessa grave forma de programação mental, em um contexto familiar que, em geral, dificulta sobremaneira a reconstrução fática da prova em juízo.

Assim, a alienação parental pode ser reconhecida *ex officio* pelo magistrado, pelo membro do Ministério Público, que atuará como *custos legis*, em decorrência da ação envolver pessoa incapaz (menor), bem como pode haver provocação da parte interessada, como o pai alienado, por exemplo.

Caso os indícios acerca da alienação parental se dêem no decorrer de um processo já em andamento, como o que trata da guarda dos filhos menores, por exemplo, nessa mesma ação será tratado o assunto concernente à alienação, ocasião em que o mesmo terá tramitação prioritária, a fim de se preservar a integridade psicológica da criança ou do adolescente.

Caso não haja processo algum em trâmite, vez que a guarda dos filhos menores e as visitas já estão estipuladas, deverá então, a alienação parental, ser tratada em processo autônomo, que também terá tramitação prioritária.

Dispõem Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 63), que:

A discussão sobre a alienação parental, pela grande repercussão fática que evidencia na pessoa do menor, necessita de uma tramitação célere, tanto assim que a norma determina a sua tramitação de forma prioritária às demais demandas em curso naquele juízo, como forma de garantir a efetividade à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Importante consignar que a prioridade na tramitação não deve colidir com a proteção do contraditório e da ampla defesa, garantias também constitucionalmente asseguradas, nos termos do inciso LV do art. 5º da Carta Magna de 1988.

Além da tramitação prioritária, a norma em comento preconiza que o juiz, após ouvido o membro do Ministério Público, determinará as medidas provisórias cabíveis para coibir a prática de atos de alienação parental, e preservar a criança e o adolescente.

No entanto, como disposto na própria Lei, as medidas são provisórias, vez que não há um juízo de certeza acerca da alienação parental. Dessa forma, não se deve proceder à tomada de medidas drásticas, como a cessação das visitas, mas, ao contrário, o Judiciário deve dispor de meios suficientes e adequados para coibir a alienação, sem que isso importe em restrição aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

As medidas tomadas pelo magistrado objetivam salvaguardar o menor, não devendo o juiz se esquecer de que os fatos alegados ou atitudes tomadas pelo guardião, ou suposto alienador, podem ser verdadeiras, caso em que não se tratará de atos de alienação parental.

Nos moldes do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei n.º 12.318/10, torna-se clara que a norma em tela faz referência aos casos em que há acusações de abuso sexual.

Assim, as medidas provisórias a que alude o artigo 4º, caput, da Lei de alienação parental, devem garantir, ao menos, o direito de visita assistida ao pai acusado, exceto nos casos em que reste comprovado que a mesma causará prejuízos à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente.

Em entrevista para o Portal de Notícias do Ministério Público, a Promotora de Justiça de Defesa de Família Ana Carolina Lucena de Freitas Sindeaux (2010, s.p.) esclarece:

[...] tal medida foi prevista para os casos em que o alienador promove denúncia de incesto, abuso sexual ou maus tratos, pois diante da possibilidade de serem verdadeiras as acusações, a necessidade de garantir a saúde física e emocional da criança ou adolescente muitas vezes acarretava a ordem judicial de imediato afastamento da criança ou adolescente e o acusado. E, como a apuração de tais fatos demandam tempo, quando se concluiu pela falsidade da denúncia e ocorrência de alienação parental, os laços de afetividade entre o genitor alienado e a criança ou adolescente já se encontravam fragilizados, ou até mesmo, extintos.

A partir da leitura do dispositivo supra mencionado, também se afere que o legislador vislumbrou uma interatividade entre os membros do Judiciário e das

áreas da Psicologia e da Psiquiatria, como também da Assistência Social, ao dispor que o risco ou não de prejuízo ao menor, em decorrência das visitas, deve ser atestado por um profissional competente, designado pelo juiz para acompanhar as visitas.

Assim, caso não haja risco de prejuízos, pelo menos a visita assistida deve ser concedida, entre o pai e seu filho.

Neste contexto, cabe transcrever o artigo 5º e parágrafos da lei ora em comento, uma vez que o mesmo dispõe sobre o laudo pericial a ser feito em casos de suspeita de alienação parental.

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

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

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

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

Tem-se, portanto, que o magistrado, havendo indícios de alienação parental, poderá fazer uso de estudos psicológicos e biopsicossociais, a fim de se comprovar a alienação.

Embora a lei dê a entender que o juiz, apenas “se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”, é conveniente que tal ocorra sempre que houver indícios de alienação parental, a fim de se averiguar, de forma mais concreta, se o fato realmente consiste em atos de alienação.

Uma vez determinada a perícia, dispõe a lei acerca dos atos a serem tomados pelo perito, que deverá, entre outras coisas: entrevistar os envolvidos (pai, mãe, filho, assim como os demais parentes, caso haja o envolvimento de algum deles); examinar os documentos constantes nos autos que tratam da alienação parental; fazer um levantamento histórico do relacionamento do casal durante a

vigência do casamento ou da união estável, bem como do relacionamento após a separação; fazer um levantamento cronológicos de possíveis incidentes; proceder à avaliação da personalidade de todos os envolvidos no caso, além de examinar a forma como a criança ou adolescente se porta acerca de eventual acusação contra os pais.

Contudo, aludida perícia não pode ser feita por um profissional qualquer. Dispõe o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Lei n.º 12.318/10, que somente um profissional ou uma equipe multidisciplinar habilitado é que poderá proceder à perícia.

Tem-se, portanto, que o perito designado para atuar na causa deve ter formação direcionada para lidar com casos de alienação parental, até mesmo devido a complexidade da avaliação, que, via de regra, é de difícil constatação.

Nesse sentido, Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 68):

[...] não é qualquer profissional com formação técnica na área de psicologia, psiquiatria ou em serviço social que tem aptidão para a avaliação adequada da existência da alienação parental; mostra-se necessário, dentre estes profissionais, a escolha daqueles cujo estudo e experiência se desenvolvam no campo da alienação parental, diante de suas especificidades e, para que de forma mais contundente possível, seja aferida a existência ou não da alienação parental.

Contudo, importante observação é feita por Maíra Fernanda Benvido Mazini (2011, p. 91), ao aduzir que é necessário que se tome um certo cuidado quanto ao induzimento a erro que tais avaliações podem proporcionar, para não se priorizar determinados familiares em detrimento de outros.

Por fim, dispõe o parágrafo 3º, acerca do prazo para apresentação do laudo, que é de 90 (noventa) dias, podendo haver prorrogação do prazo, desde que necessária e autorizada pelo juiz.

Nesse ponto, deve haver uma ponderação, a fim de que não haja demora demasiada na produção do laudo pericial, a ponto de obstaculizar o andamento do processo referente à alienação parental, cujos interesses em jogo são de crianças e adolescentes, os quais o ordenamento jurídico brasileiro dispensa maior proteção.

Mas, por outro lado, a celeridade a que faz jus o caso, não pode pôr em xeque a segurança do laudo, que deve retratar, o mais fielmente possível, a situação posta em análise. Assim, caso haja necessidade de maiores estudos, deve ser concedido tempo para tanto, mas sempre respeitando a duração razoável do processo.

Após o término do laudo, podem restar comprovados os atos de alienação parental, sendo que o magistrado, então, pode aplicar ao alienador diversas sanções previstas no artigo 6º da Lei n.º 12.318/10, sendo elas:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

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

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

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada 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.

Cabe destacar que o aludido rol é meramente exemplificativo, podendo o magistrado aplicar outras medidas que entender cabíveis, separada ou cumulativamente.

Percebe-se, a partir da leitura do dispositivo legal, que o legislador dispôs as sanções de forma gradativa.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, (2011, p. 608):

Existe, pois uma gradação sancionatória que parte de uma medida mais branda – advertência – podendo culminar com uma imposição muito mais grave – suspensão do poder familiar -, garantindo-se, em qualquer circunstância, o contraditório e a ampla defesa, sob pena de flagrante nulidade processual.

Todas as medidas tomadas pelo poder Judiciário visam o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, como primeira providência, o magistrado pode apenas advertir o alienador acerca de futuras medidas a serem tomadas, caso os atos alienatórios perdurem. Entretanto, recomenda-se a adoção dessa medida, de forma isolada, quando os atos de alienação ainda são “superficiais”, ou seja, a criança ou adolescente ainda mantém relação com o pai alienado.

Caso se trate de ato mais gravoso, como as acusações de abuso sexual, por exemplo, onde a criança repudia o alienado, não há que se falar em mera advertência, devendo ser levado em conta os atos praticados pelo alienador na hora de se estipular as sanções.

Nos casos em que a criança ou adolescente mostra-se receosa em estar na companhia do alienado, em virtude da programação mental feita pelo alienador, oportuna é a aplicação da sanção contida no inciso II do artigo 6º, da Lei n.º 12.318/10, vez que ela consiste na ampliação do regime de convivência familiar entre o menor e o alienado, buscando, de forma progressiva, a reaproximação de ambos.

O inciso III, por sua vez, traz a hipótese de aplicação de pena pecuniária ao alienador.

A esse respeito, explanam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 609) que:

O que se pretende, com o estabelecimento da sanção pecuniária, é impor uma medida punitiva de cunho econômico em face da prática do ato de alienação, para que o seu agente deixe de realizar esse comportamento nocivo.

Em última ratio, o que se pretende é impor a abstenção de um comportamento indevido e espúrio de alienação mental da criança ou do adolescente, o que, em tese, pode se afigurar juridicamente cabível, se outra medida não se afigurar mais adequada.

Alguns doutrinadores, como Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 73-74) entendem que, como a lei foi omissa em relação à destinação da pena pecuniária, a mesma deve ser revertida em favor do alienado, como uma espécie de reparação pelos danos morais sofridos face a prática de atos de alienação parental.

No entanto, caso o alienado queira propor uma ação exclusiva para tratar de indenização por danos morais, isso é perfeitamente possível, tendo em vista o padecimento sofrido. Também possui legitimidade para propor aludida ação, o menor, que também foi vítima da alienação parental, e quiçá o mais prejudicado.

Havendo a comprovação de atos de alienação parental, é de grande valia que o alienador seja submetido a acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, como dispõe o inciso IV do artigo em comento, que possui o escopo de proporcionar uma readequação comportamental no alienador, para que este conviva de forma satisfatória com a criança e/ou adolescente, bem como com o alienado.

Através do acompanhamento, é dada ao alienador a oportunidade de trabalhar com os sentimentos que deram ensejo à alienação parental, como os sentimentos de ódio e vingança, por exemplo, que mantinha em relação ao alienado, culpando-o por suas frustrações pessoais.

Já o inciso V trata da alteração da guarda unilateral para a modalidade compartilhada, ou, na inviabilidade desta, na inversão da guarda unilateral.

De acordo com a ideia remetida pelo referido inciso, na maior parte dos casos, o alienador é o guardião. Pensando nisso, o legislador instituiu no ordenamento jurídico a guarda compartilhada, até mesmo como uma forma de se preservar a criança após o fim do vínculo matrimonial, ou da união estável.

Assim, não restam dúvidas de que essa é a melhor solução, sendo que a mesma deveria ser adotada quando da ação que tratou da instituição da guarda, e não somente após a ocorrência de incidentes, como o posto à luz, por exemplo.

A guarda compartilhada tem o escopo de reaproximar a criança ou adolescente do pai alienado, possibilitando ao menor a convivência simultânea com ambos os pais. Assim, ela constitui uma alternativa para os casos em que o pai não guardião é excluído da vida dos filhos pelo detentor da guarda (MOTTA, 2011, p. 118).

No entanto, a guarda unilateral ganha espaço quando o convívio com o alienador (mesmo no caso de guarda compartilhada) torna-se prejudicial à criança ou adolescente, devendo então ser decretada a sua inversão.

Porém, um cuidado especial deve ser tomado quando da aplicação dessa medida, para que a punição do alienador não se constitua também em

punição ao menor. Nesse caso, importante se faz um acompanhamento psicológico da criança, a fim de auxiliá-la nesse momento de adaptação, em virtude das mudanças ocorridas.

O inciso VI, por sua vez, trata da hipótese em que o guardião, de forma abusiva, muda de endereço, carregando consigo o menor, a fim de obstruir a convivência familiar do mesmo com os demais membros da família. Quando há esse intuito, o alienador pode ser punido, com a decretação pelo juiz, da mudança cautelar do domicílio da criança ou do adolescente.

Segundo Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 75), a mudança de endereço, sem que haja uma justificativa plausível:

[...] é de extrema gravidade e, sem perceber, o alienador, além de privar o menor do contato com os entes de sua família, nessa verdadeira extradição sofrida, ainda perde a referência de todos os contatos feitos, já que suas relações pessoais vão além daquelas mentidas com seus parentes, como na escola com seus amigos, o que pode acarretar, no menor, diversos problemas no seu desenvolvimento psicológico.

Esse inciso guarda estrita relação com o parágrafo único, do artigo 6º, da Lei de Alienação Parental, vez que ele também pune a alteração injustificada de domicílio, ocasião em que é possível o magistrado, a fim de preservar o direito de visita do alienado, inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do pai/mãe; tudo com o fito de preservar a convivência familiar do menor.

Por fim, o inciso VII traz à tona a perda do poder familiar, sanção das mais graves, em que o Estado impõe (portanto, não é uma faculdade, mas sim uma imposição legal) a destituição do referido poder caso haja a prática de algum ato pelo seu detentor, contrário ao disposto no ordenamento jurídico, mais precisamente no artigo 1.638 do Código Civil.

Detêm o poder familiar ambos os pais da criança ou do adolescente, ainda que separados. Dessa forma, qualquer um é passível de tal perda se desrespeitar as obrigações impostas aos mesmos em decorrência da lei.

Entende-se que, no caso em tela, a destituição teria como causa o disposto nos incisos III e IV, do artigo 1.638, do Código Civil, que apontam a prática de atos contrários á moral e aos bons costumes, bem como a reincidência reiterada destes atos.

É inegável que a prática de atos alienadores prejudicam sobremaneira o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, ao influenciarem negativamente em sua formação moral e psicológica.

Assim, não restam dúvidas de que a prática de atos de alienação parental, devido a sua gravidade, pode ensejar, inclusive, a perda do poder familiar, com base no artigo 1.638, incisos III e IV, do Código Civil.

Como já exposto anteriormente, essas medidas podem ser aplicadas separadas ou conjuntamente, sem prejuízo de sanções diversas, não previstas no artigo em comento. Porém, se no decorrer do tempo restar evidenciado que a alienação parental não mais persiste, o magistrado poderá revogar as penalidades impostas ao alienador, mas sempre com a cautela devida, pois caso ressurjam, devem as sanções novamente ser aplicadas, só que dessa vez com mais rigor, devido a reiteração dos atos.

Apesar do inciso V, do artigo 6º prever a alteração da guarda como uma das sanções a ser imposta ao alienador, o legislador achou por bem tratar da guarda também no artigo 7º, como forma de se evidenciar a importância da manutenção dos laços entre a criança e/ou adolescente e os seus pais. Dessa forma, dispõe o referido artigo:

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

A fixação da guarda de crianças e adolescentes refere-se a uma relação jurídica que se prolonga no tempo, motivo pelo qual é tida como continuativa. Dessa forma, ela não faz coisa julgada material, pois a qualquer momento, mediante a alteração dos fatos, como a ocorrência de atos de alienação parental, por exemplo, a mesma pode ser modificada.

Neste caso, sendo motivo de alteração da guarda, e mostrando-se o seu compartilhamento inviável por diversos motivos, como a má influência que um dos guardiões pode exercer sobre a pessoa do menor, esta será atribuída ao pai que detenha melhores condições de criar a criança ou o adolescente, vez que viabiliza o acesso e convivência do filho com os demais membros da família.

A mudança da guarda tem razão de ser porque o guardião que promove atos de alienação parental não se mostra suficientemente capaz de prover o melhor interesse da criança ou do adolescente, sendo esse o bem visado pela lei.

Assim deve ser porque as crianças/adolescentes necessitam de um ambiente saudável e propício ao seu bom e pleno desenvolvimento.

A Lei n.º 12.318/10 também cuidou de prever o foro competente para tratar das ações atinentes à alienação parental, ao preconizar:

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

O Código de Processo Civil brasileiro traz algumas regras de competência, sendo que o artigo 98⁹⁴ do aludido diploma legal estabelece que, em ação em que figure como réu o incapaz, o foro competente para tratar do assunto será o do domicílio de seu representante legal.

Nestes termos, tem-se que, partindo da interpretação desse dispositivo legal, o foro competente para tratar de ação que verse sobre alienação parental, quando a mesma for proposta em ação autônoma, será o do domicílio do representante legal do menor.

Contudo, nos termos do artigo 8º, caso o guardião mude de endereço com a criança ou adolescente, continuará sendo competente o foro de sua última residência, a menos que haja um consenso dos pais ou decisão judicial tratando da matéria.

Asseveram Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2011, p. 82) que:

O art. 8º da Lei n.º 12.318/2010, ora em comento, apenas estabelece que a alteração do domicílio do menor é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial, isso porque a mudança do endereço pode ser o fato que enseja a alienação parental, assim, o último domicílio do menor (de seu representante legal), antes da mudança, será o competente para o ajuizamento da ação, diante da interpretação do art. 98 do Código de Processo Civil, bem como nos termos do inciso I do art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹⁴A ação em que o incapaz for réu se processará no foro do domicílio de seu representante.

Porém, caso a questão seja tratada de forma incidental, competente será o juiz que trata da matéria principal, em decorrência do princípio da acessoriedade.

A Lei n.º 12.318/10 possui, ainda, dois artigos que foram vetados pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, a saber:

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

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

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

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

Aludido artigo foi vetado pelo Ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, com base nas seguintes razões, constantes no site do Planalto (2010, s.p.):

Razões do veto:

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

Ademais, o dispositivo contraria a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.

O artigo 10, por sua vez, também foi vetado. Ele contava com a seguinte redação:

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

‘Art. 236.

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

O veto foi embasado nas razões seguintes descritas no site do Planalto (2010, s.p.):

Razões do veto:

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

Por fim, cabe ressaltar que, devido a gravidade da matéria, o legislador entendeu por bem não conceder prazo para a adequação da lei em face da população, motivo pelo qual não houve *vacatio legis*⁹⁵. Esse entendimento decorre do artigo 11, da Lei n.º 12.318/10, que dispõe:

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

Assim, o texto normativo foi aprovado em 26 de agosto de 2010, e publicado no dia 27 de agosto do mesmo ano, quando então passou a ter validade.

Com a aludida lei, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro começa a se atentar a questões relativas à alienação parental à medida que se propõe a tratar do assunto, acarretando, dessa forma, uma maior segurança jurídica, vez que finalmente se manifestou acerca do fato.

⁹⁵Período de tempo entre a publicação de uma lei e a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico.

9 CONCLUSÃO

A instituição familiar sofreu e, ainda sofre, severas transformações, uma vez que não é estática, devendo o direito acompanhar as mudanças sociais, a fim de que as injustiças não sejam cometidas.

A sociedade avançou consideravelmente no que concerne ao direito de família, porém muito ainda tem que ser feito, vez que as constantes transformações acabaram por ocasionar o surgimento de novos problemas, em substituição aos antigos.

Assim, o presente trabalho objetivou analisar um problema corrente, embora pouco explorado no direito brasileiro, qual seja, a questão da alienação parental, que consiste nas manobras utilizadas pelo alienador com o intuito de afastar a criança ou o adolescente da convivência com aqueles que integram o seu círculo afetivo.

Os vínculos da criança/adolescente, hodiernamente, não se restringem àqueles meramente genéticos, abarcando todo e qualquer indivíduo com quem o menor mantém laços afetivos, necessários ao seu pleno e integral desenvolvimento.

Assim, no decorrer do trabalho, restou evidente as consequências deletérias decorrentes da alienação parental, mormente quando esta evolui e atinge o status de síndrome, culminando no afastamento da criança ou adolescente do pai alienado.

O direito constitucional à convivência familiar pertence à criança/adolescente, e não aos seus pais e demais pessoas com quem esta possui um vínculo afetivo. Dessa forma, tem-se que a alienação não se caracteriza como um ato atentatório a um direito do pai alienado, mas sim, como um ato atentatório ao direito da própria criança e/ou adolescente.

Portanto, a prática de atos alienadores se revela como uma prática extremamente prejudicial, e que afeta de maneira drástica o menor, devendo ser combatida, ou ao menos, minorada.

Por se tratar de um tema novo e ainda pouco discutido na doutrina, conclui-se que uma primeira medida a ser adotada no combate ao fenômeno da

alienação parental é a conscientização e debate da questão como sendo um problema social e também jurídico, merecedor da devida atenção e tutela.

Por fim, tem-se que a adoção pelos pais, quando do divórcio ou término da união estável, do regime da guarda compartilhada, constitui a melhor forma de se minorar o aludido problema, por ser este aquele que menos dá ensejo ao surgimento da alienação parental por qualquer dos ascendentes e demais pessoas que integram o círculo afetivo da criança.

O Poder Judiciário possui um papel importantíssimo no combate à alienação parental, devendo agir de modo tal a incentivar uma conscientização dos pais acerca de seus papéis de guardiões e, acima de tudo, de provedores de situações agradáveis e confortáveis aos filhos, a fim de possibilitá-los um desenvolvimento pleno e integral, da forma como preconiza a Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

A morte inventada. Realização: Caraminhola Produções. Roteiro e Direção: Alan Minas. Rio de Janeiro, 2009. Vídeo (80 min). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=eaKgVZVjRpE>>. Acesso em: 19 ago. 2012;

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). I Jornada de direito civil: direito de família e sucessões: enunciado 102. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). I Jornada de direito civil: direito de família e sucessões: enunciado 106. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). I Jornada de direito civil: direito de família e sucessões: enunciado 107. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). IV Jornada de direito civil: direito de família e sucessões: enunciado 333. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei n.º 11.698/08.** In: Leituras complementares de Direito Civil. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010;

AMARAL, Marcela Maria Pereira. **União homoafetiva**. In: Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BONE, J. Michael; WALSH, Michael R. **Parental alienation syndrome: how to detect it and what to do about it**. *The Florida Bar Journal*, v. 73, n. 3, mar. 1999. Disponível em: < <http://www.fact.on.ca/Info/pas/walsh99.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2012;

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n.º 4.053/2008**. Autoria do Deputado Régis de Oliveira (PSC/SP). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411011>>. Acesso em: 09 out. 2012;

BRASIL. Código Civil de 1916. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL. Código Civil de 2002. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 abr. 2012;

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012;

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 abr.2012;

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29 jul. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 17 abr. 2012;

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em 17 ago. 2012;

BRASIL. Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b2394d7e1ab9a970032569b9004e148d/7fa2f5adbee94ed9032569fa0042e4f2?OpenDocument>>. Acesso em 20 abr. 2012;

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. (Redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em 23 abr. 2012;

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 26 set. 1942. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4737-24-setembro-1942-414783-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 ago. 2012;

BRASIL. Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 26 out. 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 22 abr. 2012;

BRASIL. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 ago. 1962. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1062-004121-emc/4121-62.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2012;

BRASIL, Lei n.º 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm>. Acesso em: 15 jul. 2012;

BRASIL. Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 dez. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 15 jul. 2012;

BRASIL. Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 17 abr. 2012;

BRASIL. Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012;

BRASIL. Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 18 ago. 2012;

BRASIL. Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 02 out. 2012;

BRASIL, Lei n.º 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 09 ago. 2012;

BRASIL. Mensagem n.º 513, de 26 de agosto de 2010. Dispõe, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, sobre o veto parcial, por contrariedade ao interesse público, do Projeto de Lei n.º 20, de 2010 (n.º 4.053/08 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm>. Acesso em: 02 out. 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n.º 477554/MG, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de agosto de 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia/listar.asp?s1=\(homoafetiva\)&base=baseAcor daos](http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia/listar.asp?s1=(homoafetiva)&base=baseAcor daos)>. Acesso em: 23 abr. 2012;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário**. REsp n.º 1251000/MG. Terceira Turma. Relator: Ministra Nanci Andriahi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=guarda+compartilhada&b=ACOR>. Acesso em: 17 ago. 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 380**. Comprovada a existência de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 22 abr. 2012;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 197**. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 20 ago. 2012;

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996;

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010;

CHRISTOFANO, Dariane Elisa. **A evolução do direito de família e o direito ao afeto na relação pai e filho**. Monografia. (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005;

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret LTDA, 2008;

DANTAS, Stephanie de Oliveira. **Síndrome da alienação parental**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Paulista, São Paulo, 2011. Disponível em: < https://fc243dbe-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/StephaneMonografia-Sindromedaalienacaoparental-VERSOLIMPA__2_.pdf?attachauth=ANoY7coL_VeHhGW1R_bebIRoLkqaORPMGJc eROkN0fD5VN5HvnX3p5SRQOBNqpGFY2FQ4VUOzCBZiQjyO52UBjY9rAVs5jwAm9XDpu_984Z0fCY6F5PDowmKqskQNN8nO-gX81sx8Yu-uf-ml_XsCSDqveZZ5aISD1NUSPzdLlwQOH0ZBIRTjg3vGPsVTs55TtZ7vnPDyQ986kQ OGuLi4GSxLGFozAUm8hIPxjjui6Cr_plyqGwdBK78BtfjUUNwKg7w0SiY7Td2MY7zL XcVft8NNpYjJ-sXnHOBxTi_evllFLzyML4cHjqQuJad71aDJ7dIAO5Glvo&attredirects=0>. Acesso em: 21 jul. 2012;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010;

DINIZ, Maria Helena. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011;

DUARTE, Lenita Pacheco Lemes. **A guarda dos filhos na família em litígio**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001;

FAMILY COURTS. **Parental alienation syndrome. A severe emotional and psychological disorder in children brought on by highly contested custody**

battles in our Family Court System. Disponível em:
<<http://www.fact.on.ca/Info/pas/fcrca01.pdf>>. Acesso em 07 out. 2012;

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

FERVENÇA, Amanda Cavalcante. **Famílias monoparentais: a ausência de legislação no direito civil brasileiro.** Monografia. (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2003;

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental: aspectos materiais e processuais da lei n. 12.318, de 26-08-2010.** São Paulo: Saraiva, 2011;

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental.** *Pediatria (São Paulo)* 2006;28(3)162-8. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=%20s%C3%ADndrome%20de%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%20priscila%20maria%20pereira%20corr%C3%AAa%20da%20fonseca%20&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CCgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mp.mg.gov.br%2Fportal%2Fpublic%2Finterno%2Farquivo%2Fid%2F24534&ei=4nF4UKOMJYaE0QGUn4GgDw&usg=AFQjCNG7rtSLjbcTc3PCxU60Bf-6ic3BQ>>. Acesso em: 06 out. 2012;

FONTELLA, Gaio; MAJOLLO, Fabiane. **A família: história e subjetividade.** Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/familia/familia-texto.html>>. Acesso em: 08 mai. 2012;

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil – direito de família.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000;

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008;

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?** Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York, New York, EUA. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 07 out. 2012;

GARDNER, Richard A. **Should courts order PAS children to visit/reside with the alienated parent? A follow-up study.** *The American Journal of Forensic Psychology*, 2001, 19(3):61-106. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01a.htm>>. Acesso em: 29 set. 2012;

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

IBIAS, Delma Silveira. **A convivência dos avós com os netos agora é lei.** Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=22854>. Acesso em: 25 ago. 2012;

INOCENTE, Eduardo Veríssimo. **Direito das famílias esquematizado: teoria e prática processual.** São Paulo: Editora Nelpa, 2010;

JÚNIOR, Aluísio Santiago. **Direito de família: aspectos didáticos.** Belo Horizonte: Inédita, 1998;

LESSA, Adriana Pereira. **Guarda compartilhada de filhos: novo paradigma no direito de família.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008;

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2011;

MADEIRA, Eliane Maria Agati. **A lei das XII tábuas.** Disponível em: <http://helciomadeira.sites.uol.com.br/PDF/AULAS/DR/4_XII_Tabulae.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2012;

MAZINI, Maíra Fernanda Benvido. **Síndrome da alienação parental: a nova ameaça aos direitos da criança.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011;

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012;

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental. **Revista do Advogado: Família e Sucessões**. Ano XXXI, n. 112, p. 104-127, jul. 2011;

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família: conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2012;

NOVA lei do divórcio – breves comentários. **Divórcio já**. Disponível em:
<<http://www.divorcioja.com.br/requisitos.html>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Adoção: uma porta para a vida: já em consonância com a lei n.º 12.010, de 29/7/2009**. Campinas: Servanda Editora, 2010;

OLIVEIRA, Euclides de. Direito de visita e direito à visita. **Revista do Advogado: Família e Sucessões**. Ano XXXI, n. 112, p. 40-52, jul. 2011;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

REGISTRO Civil 2010: número de divórcios é o maior desde 1984. Site do IBGE. Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2031&id_pagina=1>. Acesso em: 24 set. 2012;

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004;

ROSA, Felipe Niemezewski. **A síndrome da alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro**. Monografia (Bacharelado em

Direito) – PUCRS, Porto Alegre, 2008. Disponível em: < https://fc243dbe-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/felipe_niemezewski.pdf?attachauth=ANoY7coUNmxuyI9bglZLnMOBE2GS81Vuf6wm7t-2TM3pRMcFO55rr0ZENGNpKGQBVaUkvEUytPK74grjmkAerAE01q0CSDQGPvxBm3KeB-IT7tmKnajNI6narRm0aNOUGTtf_50DI7_bHBYN041rkH83v57uKJ4iVEs9IOyb9n_7XGsdD94lp6tpdb4wxUCp3E86-qi5lxdeHnggCVQbyZN24_VzUpTrII5lrCaL7guuAqp7EwXrljI2OLK-oc4c1Z4Eb-QnsiM&attredirects=0>. Acesso em: 17 jul. 2012;

SÁ, Caroline Silveira; MADRID, Daniela Martins. **Evolução Histórica da Família no Brasil**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2008/2149>>. Acesso em: 23 abr. 2012;

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009;

SINDEAUX, Ana Carolina Lucena de Freitas. Promotora de família fala sobre alienação parental. **Jus Brasil**. Extraído de: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte - 14 de Setembro de 2010. Disponível em: < <http://mp-rn.jusbrasil.com.br/noticias/2372611/promotora-de-familia-fala-sobre-alienacao-parental>>. Acesso em 08 out. 2012;

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

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009;

VADE Mecum. 8. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2010;

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome de alienação parental e o Poder Judiciário**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Paulista, São Paulo, 2008. Disponível em: < <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre->

sap/Disserta%C3%A7%C3%A3o-A_SAP_E_O_PODER_JUDICI.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2012;

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ANEXOS

ANEXO A – LEI N.º 12.318. DE 26 DE AGOSTO DE 2010.

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

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

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

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

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

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

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

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

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

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

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

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação

do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

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

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

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Paulo de Tarso Vannuchi

José Gomes Temporão