

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JAMILA CRISTIAN ABREU FERNANDES

ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

SOUSA

2014

JAMILA CRISTIAN ABREU FERNANDES

ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2014

JAMILA CRISTIAN ABREU FERNANDES

ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 01 de abril de 2014

Orientador: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador: Professor Epifânio Vieira Damascena

Examinador: Professora Rubasmate dos Santos Sousa

Para meu irmão, José Eudes Abreu Fernandes, pelo exemplo de humildade e amizade e que hoje não se encontra mais presente entre nós.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar venho agradecer a Deus por sempre ter iluminado minha vida, meus caminhos, minhas decisões.

Agradeço aos meus pais, Benedito Fernandes de Santana e Maria Olindina Fernandes, por sempre estarem ao meu lado me apoiando e me amando, por nunca me deixarem desistir e por me mostrarem que tudo é possível quando queremos e lutamos para conseguir.

Aos meus irmãos que os amo de forma incondicional Mazé, Sandra, Janicélia, Janaína, Carla, Vituriano, Édio e José Eudes por sempre estarem do meu lado me apoiando e acima de tudo acreditando.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante toda essa árdua caminhada acadêmica, em especial ao Professor Eduardo Jorge Oliveira, responsável pela realização deste trabalho.

Às minhas amigas e amigos companheiros de curso Juliana Abreu, Sara, Suellen, Vinícius César, Lívio Augusto, Espedito, Deyse, Isadora, Istélio, Rafa Loira, Rafa Morena, Angélica e Ana Maria pelas horas que passamos juntos, pelas risadas, pelo apoio, mas principalmente pela amizade sincera.

Às minhas amigas do Curso de Letras que há dez anos mantemos uma amizade sincera e abençoada Josany e Corrinha Abreu.

Aos meus amigos e colegas de trabalho Alisson, Rosinha, Clenilda, Maria Oliveira, Joana, Jonislan, Ciedston, Juliana, Fernanda e Maria de Fátima pelo carinho e incentivo.

Agradeço a todos que me ajudaram de alguma forma a chegar até aqui, pois se não fosse pelo incentivo de todos vocês não sei se teria tido forças para chegar até o fim.

Aqui deixo a minha mais humilde e sincera gratidão.

Obrigada.

A Lei deve ser uma e a mesma para todos, qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em razão muito valiosa do bem público será injusta e poderá ser uma tirania. (Pimenta Bueno)

## RESUMO

O presente trabalho discute a alienação parental, à medida que ressalta as contribuições trazidas pelo movimento neoconstitucional para o direito de família. A partir daí, serão apontadas as medidas adotadas pelo Estado, partindo do pressuposto de que sua atuação tornou-se imprescindível, uma vez que a alienação, geralmente, atinge famílias em processo de separação litigiosa, ferindo princípios constitucionais garantidos às crianças e adolescentes. A discussão sobre a alienação se apresenta, ao passo que se concretiza a interpretação e eficácia dos direitos fundamentais nas relações familiares, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, será feita uma abordagem dos paradigmas constitucionais no Direito Civil Brasileiro, ressaltando, como esta corrente modificou o modo de pensar as leis, buscando fundamento legal na Constituição Federal de 1988. A metodologia utilizada nesta pesquisa consiste em uma revisão bibliográfica da área jurídica, assim, será utilizado o método dedutivo, a partir de fonte de pesquisa, obras doutrinárias, revistas eletrônicas, realizando assim, o exegético-jurídico, para a melhor interpretação de institutos como a alienação parental e o movimento neoconstitucional no Direito de Família, demonstrando interesse à propositura da dignidade humana. Portanto, é imperativo pensar o Direito, no âmbito constitucional, para promover aos cidadãos a vida digna e o garantismo de suas prerrogativas mais fundamentais, como se destacam os direitos humanos. Conclui-se, a partir dos resultados da pesquisa, que o elevado índice de casos de alienação parental, quando do fim do vínculo familiar, deve ser combatido através do intervencionismo estatal. As medidas adotadas pelo Estado devem primar pela proteção aos direitos inalienáveis e indispensáveis à integridade física e psicológica da criança e adolescente, pois estes sobrevivem ao abalo afetivo familiar.

**Palavras- chave:** Alienação Parental. Intervenção Estatal. Conflitos.

## ABSTRACT

This paper discusses parental alienation, as it highlights the contributions made by neoconstitucional movement to the right family. From there, the measures taken by the State, on the assumption that his performance became essential since the sale usually reaches families in the contested separation process, injuring guaranteed constitutional principles to children and adolescents will be identified. The discussion on the disposition is presented, which is realized while the interpretation and validity of fundamental rights in family relations, in light of the constitutional principle of human dignity. Thus, an approach to constitutional paradigms will be made in Brazilian Civil Law, emphasizing, as this current way of thinking changed the laws, seeking legal basis in the Constitution of 1988. The methodology used in this research consists of a literature review of the legal field, so the deductive method, from a research source, doctrinal works, electronic journals will be used, thus realizing the exegetical and legal, to the best interpretation of institutes such as parental Alienation and neoconstitucional movement in Family Law, showing interest in the bringing of human dignity. Therefore, it is imperative to think the Law, the constitutional framework, to promote citizens a decent life and garantismo of its most fundamental prerogatives, stand out as human rights. It follows from the results of the research, the high index of cases of parental alienation, when the end of the family bond must be fought through state intervention. The measures taken by the State should prioritize protection of inalienable and indispensable to the physical and psychological integrity of the child and adolescent rights, because these survive affective family concussion.

**Keywords:** Parental Alienation. State Intervention. Conflicts.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2. ASPECTOS GERAIS DA LEI 12.318/10 NO TOCANTE À ALIENAÇÃO PARENTAL</b> .....	11
2.1 REGULACÃO ESTATAL E O POSITIVISMO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	15
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A QUESTÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	18
<b>3. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL</b> .....	24
3.1 NOVOS PARADIGMAS INTRODUZIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	24
3.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS .....	26
3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA ....	29
<b>4. A FAMÍLIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ANÁLISE DA ALIENAÇÃO PARENTAL</b> .....	33
4.1 ALIENAÇÃO PARENTAL: ANÁLISE JURÍDICA .....	33
4.2 A PROTEÇÃO LEGAL DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO FAMILIAR .....	38
4.3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO DE FAMÍLIA: ESTUDO JURISPRUDENCIAL .....	40
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	44
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	46

## 1. INTRODUÇÃO

As normas jurídicas são inseridas no âmbito social com o intuito de proteger os cidadãos, reprimindo ou prevenindo qualquer ato que venha violar os direitos e as garantias constitucionalmente previstos. Desde os primórdios da civilização, comprova-se que o homem necessita viver em sociedade, sendo a família, a célula mais importante para a consolidação do convívio harmônico com os demais indivíduos.

O Direito de família, que regula esta relação privada, passou por transformações significativas, tais quais as modalidades em que aquele instituto se apresenta, influenciadas recentemente pelo neoconstitucionalismo. A família é considerada pela Constituição Federal como a base da sociedade. No entanto, em alguns casos, o fim das relações afetivas, deixa sequelas em alguns de seus entes.

Quando o término da relação é intermediado por separação litigiosa, desta, podem fluir verdadeiras batalhas, das quais, as principais vítimas podem ser as crianças e adolescentes. É possível que um dos genitores torne o ambiente hostil à integridade física e psicológica dos filhos, a partir de condutas difamantes por parte do alienador ao outro genitor, dificultando a convivência harmônica entre eles.

Trata-se, portanto, da alienação parental, fenômeno que vem ganhando notoriedade, devido sua grande incidência na sociedade atual. Diante de tantos casos, o Estado passa a buscar mecanismos para combater o problema sem ferir ainda mais os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

O Poder Judiciário apenas pode intervir em relação ao fenômeno da alienação com o advento da Lei 12.318/10. Com a lei que dispõe sobre a alienação parental, medidas passaram a ser adotadas pelo Estado, partindo do pressuposto de que sua intervenção tornou-se imprescindível, uma vez que este problema atinge famílias em processo de separação litigiosa, ferindo princípios constitucionais como, o da convivência familiar e o princípio do melhor interesse do menor, garantidos às crianças e adolescentes.

Objetivando organizar os pontos mais relevantes desse estudo, bem como, deixar claro, os elementos envolvidos na temática a ser abordada faz-se necessário apresentar conceitos e algumas especificidades. Como a família é a uma instituição social faz-se necessário realizar uma breve explanação acerca desse proeminente instituto. Assim, é objetivo geral deste trabalho discutir a alienação parental, à medida em que ressalta as contribuições trazidas pelo movimento neoconstitucional para o direito de família, bem como, as medidas adotadas pelo Estado. Essa atuação tornou-se imprescindível, uma vez que a

alienação, geralmente, atinge famílias em processo de separação litigiosa, ferindo, princípios constitucionais garantidos às crianças e adolescentes.

Além disso, buscar-se-á abordar sobre as transformações pelas quais a família tem passado ao longo dos anos. Conseqüentemente, as influências ou implicações do direito de família e do neoconstitucionalismo, sendo estes institutos jurídicos que se fundem no propósito de garantir aos indivíduos o convívio harmônico na instituída relação privada mais antiga, a família.

Desse modo, serão expostas ideias que apontam uma relação interpretativa do direito de família ligada a princípios constitucionais, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual emergem os demais institutos jurídicos. Então, assinalar a propositura de valores jurídicos com vistas principalmente à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais é salutar.

Na segunda sessão será explanado o instituto do direito civil constitucional. Será ressaltada, como esta corrente modificou o modo de pensar as leis, buscando fundamento legal nos direitos fundamentais, não ficando preso ao texto do Código Civil. Ademais, novos paradigmas foram introduzidos no ordenamento jurídico, quanto à instituição familiar, sendo estes notavelmente revolucionários ao que tange esse novo movimento, denominado direito civil constitucional.

Na terceira sessão, será explanada a problemática da Alienação Parental, expondo-se de modo sucinto, sua origem, seu conceito e suas principais peculiaridades, a fim de entender essa temática. A partir daí, serão apontadas as medidas adotadas pelo Estado, partindo do pressuposto de que sua intervenção tornou-se imprescindível, uma vez que este problema atinge famílias em processo de separação litigiosa, ferindo princípios constitucionais como, o da convivência familiar, garantidos às crianças e adolescentes.

É papel de todos (Sociedade, Família e Estado) garantirem um ambiente familiar saudável, para o desenvolvimento dos filhos, assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem destaque nessa batalha contra problemas como a alienação.

Assim, é necessário apontar as dificuldades que o Judiciário encontra quanto a sua atuação, indicando a evolução do mesmo e as atuais medidas punitivas evidenciadas em lei, às suas respectivas condutas, que caracterizem o problema em destaque. Dessa forma, demonstrará o modo com que o Estado vem punindo os alienantes, ao passo que busca resguardar os direitos das crianças e adolescentes de crescerem em um ambiente harmônico visando um convívio familiar saudável.

A metodologia utilizada nesta pesquisa consiste em uma revisão bibliográfica da área jurídica, assim, será utilizado o método dedutivo, a partir de fonte de pesquisa, obras doutrinárias, revistas eletrônicas, realizando assim, o exegético-jurídico, para a melhor interpretação de institutos como a alienação parental e o movimento neoconstitucional no Direito de Família, demonstrando interesse à propositura da dignidade humana.

## **2. ASPECTOS GERAIS DA LEI 12.318/10 NO TOCANTE À ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Lei que dispõe sobre a Alienação Parental trouxe mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como um significativo avanço no reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Tal lei foi elaborada com o escopo de prevenir, coibir e definir como crime todo tipo de conduta que venha ferir a dignidade do menor. Desse modo, um dos pontos que merecem maior destaque, não só o âmbito jurídico, mas também no social, é o fato de que esta lei reconheceu a fragilidade das crianças e adolescentes e busca meios para combater o problema, sem contudo ferir os direitos fundamentais destes.

Com o advento da Lei 12.318/10 foram incluídos como legitimados passivos os avós, assim como qualquer pessoa que tenha o menor sob sua guarda e/ou vigilância, tais como tutores, guardiões, educadores, babás, dentre outros, determinando que não só os genitores serão sujeitos às medidas protetivas.

Cabe abordar que uma vez dissolvida a sociedade conjugal, o afeto dos pais em relação aos filhos deveria imperar haja vista o rompimento ser uma situação já complexa para os filhos. Todavia, o que acontece na prática é a falta de controle dos pais que acabam desviando suas responsabilidades, permitindo que as mágoas tomem conta do ex-casal e os filhos são sempre os mais prejudicados.

Vale ressaltar que após o rompimento conjugal, os laços de família entre os entes permanece, uma vez que os pais devem compartilhar a tarefa de continuar educando seus filhos, haja vista os deveres decorrentes do pátrio poder são irrenunciáveis e envolvem sujeitos ainda em formação, que gozam, inclusive, de tutela legal especial.

Com o intuito de organizar os pontos mais relevantes desse estudo, bem como, deixar claro, os elementos envolvidos na temática a ser abordada faz-se necessário apresentar conceitos e algumas especificidades. Como a família é a uma instituição social, é imprescindível realizar uma breve explanação acerca desse proeminente instituto.

Além disso, buscar-se-á abordar sobre as transformações pelas quais a família tem passado ao longo dos anos. Conseqüentemente, as influências ou implicações do direito de família e do neoconstitucionalismo, sendo estes institutos jurídicos que se fundem no propósito de garantir aos indivíduos o convívio harmônico na instituída relação privada mais antiga, a família.

Para tanto, serão expostas ideias que apontam uma relação interpretativa do direito de família ligada a princípios constitucionais, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual emergem os demais institutos jurídicos.

## 2.1 REGULAÇÃO ESTATAL E O POSITIVISMO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Desde os tempos mais remotos da história, o homem, pela sua característica de ser social, busca associar-se aos seus semelhantes objetivando proteção, bem-estar, lazer, bem como, a constituição de uma família, instituição que lhe garantiria tais prerrogativas.

Percebe-se tal conformidade, no entendimento de Castelo Branco (2006 p. 15), quando reza que o ser humano é um ser, essencialmente, gregário, não se concebendo a sua existência senão de uma perspectiva de relações intersubjetivas. Por essa natureza social do ser humano, encontra-se ligado a muitas e diferentes relações na sociedade, destacando entre elas a família, agrupamento mais comum que se conhece.

De acordo com a área do conhecimento abordada, a expressão *família* pode assumir três acepções diferenciadas. Porém, neste trabalho, buscar-se-á uma referência pautada na ciência jurídica.

Historicamente, a família, é considerada o grupo social mais antigo. A comunidade social que pode ser considerada a mais antiga, desde os seus primórdios, já se apresentava formada através do matrimônio, ou ainda centralizada por um líder (ancestral comum), geralmente masculina.

Esse modelo de família existia, mesmo antes do homem se organizar em grupos sedentários. Geralmente era formado por pessoas que possuíam o mesmo repertório cultural, social e por laços sanguíneos semelhantes, formando assim os clãs.

Em tempos primitivos, não havia uma escolha dos parceiros, os homens por serem considerados mais fortes fisicamente mantinham relações sexuais com diferentes mulheres, e por serem nômades, deixavam-nas com os filhos, sozinhas. Nesse contexto, pode-se observar as palavras de Thiago Hauptmann Borelli Thomaz (2003, p. 85):

Há notícia de que nas civilizações primitivas a família era formada pela mãe e sua prole, por ser desconhecido o pai. Isso ocorria pelas constantes guerras entre tribos, que faziam as mulheres serem subjugadas por bravos guerreiros vindos de outras tribos. Até, talvez por instinto natural (ou animal), os homens das tribos tinham relações sexuais com diferentes mulheres, engravidavam-nas e deixavam com elas o produto de tais relações. Neste contexto fala-se do surgimento da poligamia, conduta que seria mais tarde relegada a poucas tribos, hoje pouquíssimas civilizações. Mais tarde, por questões morais, religiosas e éticas, a concepção dominante era de que a família deveria surgir do casamento, ser monogâmica e ser liderada pelo ente detentor de maior força física: o homem.

O termo “família” é originário da Roma Antiga e foi criado para marcar o novo grupo social que surgia entre as tribos latinas. A palavra família é derivada do latim “famulus”, que significa “escravo doméstico”. Nesse período iniciava o trabalho com a agricultura, bem como, a escravidão legalizada.

Esse novo grupo denominado família natural era formado pelos cônjuges e filhos, e ocorria em virtude do casamento e por laços de sangue, no qual o pai exercia total poder de decisão sobre a mulher e os filhos. Já na Idade Média os descendentes paternos e maternos passaram, também, a ser considerados membros desse instituto.

Conforme José Cretella Júnior, o *pater familias* possuía um poder absoluto sobre o grupo e detinha sob seu critério as decisões sobre vida e morte. Na verdade o *pater* detinha o poder de chefiar, de proteger e de agir como o juiz da família.

Maria Helena Diniz (2009, p. 9) adota, para fins didáticos, três definições do termo família, uma com sentido amplo, grupo formado por elo consanguíneo ou por afinidades; no sentido lato, além dos elementos do mesmo grupo sanguíneo integrariam também os parentes, inclusive os do outro cônjuge ou companheiro; e por último, o sentido restrito, no qual agregaria, à família, apenas os filhos e os pais, de relações definidas pelo matrimônio ou união estável.

O Código Civil compreende a abrangência desses sentidos e busca aplicá-los conforme as relações familiares de cada grupo, bem como, os direitos e deveres das partes envolvidas, observando o grau de proximidade dos entes na família e visando também as melhores condições de oferecer um desenvolvimento saudável da criança.

Os conceitos de família têm variado ao longo da história. Assim, é preciso considerar essa instituição, não apenas como jurídica, contudo, pela sua relevância social, em múltiplas configurações e alterações. Desta forma, vale citar as palavras de Paulo Lôbo:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LÔBO, 2009, p.2.)

Na Constituição Federal de 1988, a família é conceituada como a base de toda a sociedade. Diante da importância deste instituto no meio social, adota-se uma política de preservação, tornando-se imprescindível, para tanto, o intervencionismo estatal. Em consagração a princípios constitucionais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a família passou a ser reconhecida entre homens e mulheres que mantinham união

estável, ou seja, sem celebração de casamento. Ainda será reconhecida a família monoparental, esta, formada por quaisquer dos pais ou seus descendentes, independentemente de sua origem.

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

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

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

A aceitação da família nas modalidades da união estável e monoparental pela Constituição Federal foram marco de uma nova era de visão e interpretação ao instituto familiar. Diante desta evolução que partiu do plano constitucional, restava que as normas infraconstitucionais adotassem essa nova ordem, sendo esta a visão de família, como a união de indivíduos caracterizada exclusivamente pelo afeto. Assim, todo agrupamento de pessoas, independentemente da origem ou sexo, pode se denominar família, uma vez que exista o afeto.

A Lei nº11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi além do seu objetivo principal que em suma é proteger a mulher que sofre violência no âmbito familiar. Esta Lei infraconstitucional trouxe disposição que aceitam a existência da família homo afetiva, está por sua vez, entre pessoas do mesmo sexo. Sendo este encontrado no artigo 5º, II e parágrafo único a seguir:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (...).

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Assenta-se, então, que a organização social e do seio de cada família, passou a ser aceita em todas as suas formas, sejam estas, em laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos. Esta evolução só tornou-se possível diante da celebração de preceitos constitucionais, como a garantia da dignidade da pessoa humana.

Quanto à afetividade percebe-se sua indiscutível contribuição para o reconhecimento de natureza jurídica da união homo afetiva, expressão esta utilizada por Maria Berenice Dias, como entidade familiar. Assim, depois de muitas discussões, em 5 de maio de 2011, o STF decidiu pela promoção dessa nova modalidade de família no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, segue os termos da citada decisão:

Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 5 de maio de 2011, por unanimidade, conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, como ação direta de inconstitucionalidade. Também por votação unânime julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequência da união estável heteroafetiva. (DJSP, 2013)

Portanto, a partir da eficácia do princípio da efetividade, tornou-se possível a promoção da entidade familiar entre pessoas de mesmo sexo. Sendo esta formada, não necessariamente pelo amor, pois é equivocado igualar afeto ao amor. Assim, o afeto desse ser visto pelo que há quando da existência da ligação entre as pessoas, não necessariamente o amor. A eficiência desse instituto promoveu a titulação de uma modalidade de família, sendo assegurando aos seus entes, a dignidade humana e a liberdade, desmantelando o preconceito e desigualdades afloradas no meio social.

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todo ser humano é dotado de um princípio denominado dignidade. Considerado o princípio máximo do Estado democrático brasileiro, apresenta-se como um valor moral e espiritual próprio da pessoa. Este princípio se relaciona aos demais direitos fundamentais e resguarda o ser humano contra aquilo que possa conduzi-lo ao menosprezo.

Os direitos fundamentais brotaram diante da penúria de proteger o homem do poder do Estado, partindo de ideais advindos do Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, mais precisamente com o advento de constituições escritas. Constatou-se a necessidade de frear o controle estatal e de suas instituições. Quanto ao surgimento dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes afirma que: (1999, p. 178) “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Diante do entendimento citado, vale apontar que a teoria que reza estes direitos resulta de uma lenta e intensa transformação da sociedade e das suas concepções políticas e jurídicas. Os direitos fundamentais originam com o objetivo de proteger a liberdade individual de cada cidadão diante da ação abusiva do ente Estatal.

Os direitos fundamentais são as prerrogativas oferecidas ao homem, indispensáveis para uma vida digna em sociedade. Estes recebem muitas denominações, como por exemplo, direitos do homem ou direitos naturais que não devem ser confundidos com outros institutos jurídicos. Lenza (2010, p. 743) cita que na Constituição Federal, mais precisamente no seu título II, os direitos fundamentais são considerados direitos básicos a subsistência no meio social, assim,

O art. 5º caput da CF/88 estabelece que 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 segurança e a propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§2º).

A grande maioria dos doutrinadores defende o uso do termo, direitos fundamentais, distinguindo estes, dos direitos humanos. Aquele é o termo mais utilizado, pois são direitos reconhecidos internamente por cada país em suas respectivas constituições. Por outro lado, os direitos humanos são aqueles inerentes a toda a humanidade, mas que são consagrados por tratados e convenções internacionais, possuindo maior amplitude do que aqueles. A minoria dos estudiosos tratam os citados institutos como sendo um só, pois são imputados ao ser humano. Alexandre de Moraes (2000. p. 39) defende essa tese ao expor que os direitos fundamentais são:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (...).

Sendo assim, Alexandre de Moraes aponta a necessidade de promover a eficácia dos direitos fundamentais ao homem, ao passo que comprova a importância de aperfeiçoá-los acoplado ao princípio máximo da constituição federal, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pela sua relevância, o princípio da dignidade da pessoa humana todos os direitos fundamentais dispostos pela Constituição Brasileira de 1988. Para Immanuel Kant, configura-se como o prelúdio, o princípio da dignidade humana. O filósofo afirma, em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, que a promoção de uma vida digna ao ser humano não tem preço, devendo este existir enquanto fim em si mesmo, e não para a satisfação da vontade de outrem.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma,

isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade. (KANT, 2004. p. 65)

Toda pessoa humana é detentora de direitos iguais e intransferíveis. Estes, por sua vez são usufruídos, individualmente, adequando-se ao contexto social na qual a pessoa esta inserida, sendo garantida a sua dignidade sobre quaisquer objetos. O princípio da dignidade da pessoa humana instrui os demais institutos normativos a fim de resguarda-los ao seu gozo por todos os seres humanos, como os direitos fundamentais a vida. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) se pronuncia:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Em relação ao direito de família, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, por sua amplitude, garante aos membros da família o seu desenvolvimento total. Aos filhos deve ser garantido o direito aos estudos, a uma convivência harmoniosa, respeitosa, tendo como base, o diálogo. A esse respeito Maria Helena Diniz(2007, p. 18)ressalta:

[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.

Vale salientar que o fundamento da dignidade é estendido a todos os membros da família, não somente aos filhos, pois se trata de garantir dignidade tanto aos cônjuges como aos filhos. Não se pode agradar, ou manter direitos a uns e negar a outro, faz-se necessário ofertar e usufruir de iguais direitos e cumprir deveres estipulados por cada família.

A igualdade no meio social apresenta dificuldades para sua efetivação devido a problemas, como a discriminação e a limitação de oportunidades para classes desfavorecidas. Partindo dessa premissa, surgem alguns questionamentos buscando entender este instituto constitucional. Não seria, a igualdade, uma luta de todos em reivindicar por direitos iguais? Não seria uma reivindicação de natureza moral? Ao procurar entender essa questão, é necessário lembrar que os homens apresentam muitas diferenças. Diferenças essas que atingem todos os planos, conforme anuncia Vieira (2007, p. 212):

[...] Somos naturalmente diferentes: mulheres, e homens; altos e baixos; negros e brancos; inteligentes e não inteligentes; bonitos e não bonitos; deficientes e não deficientes, e tudo isso com uma enorme variação entre cada um dos polos. Assim, na questão gênero, temos bissexuais e transexuais; no item cor, a variação é espetacular; o mesmo ocorrendo no que se refere à distribuição da inteligência ou da beleza.[...]

Além das diferenças apontadas, há as de natureza econômica, social, cultural ou política, construídas ao longo da história, pela sociedade ou pelas instituições, como família, igreja, associações, enfim. Muitas vezes utilizando-se de estereótipos ou de preconceitos. É bem verdade que há diferenças naturais entre homens e mulheres, porém, em função dessas diferenças, por que eles devem assumir determinados trabalhos e não outros?

Assenta-se, hoje, uma preocupação com as desigualdades sociais, essa decorre, principalmente, da econômica, uma vez que essa problemática interfere nas diferentes esferas de aquisição de acessos e de direitos, como, educação de qualidade, saúde, habitação, a própria luta pelos direitos. Nas palavras de Veira (2007, p.213)

[...] é preciso reconhecer, como ponto de partida para qualquer reflexão sobre igualdade, que a assertiva de que "todos são iguais", encontrada em grande número de declarações de direitos, tratados ou constituições da modernidade, não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral. Exceto quando estamos lidando com uma afirmação de fato, mas de natureza mítica, como, "todos somos iguais em nossa imagem e semelhança a deus", a igualdade é uma reivindicação socialmente e politicamente construída.

Para tanto, mesmo esta sendo uma sociedade repleta de desigualdade social e de uma diversidade notória de raças e culturas, não dá para negar que todos são iguais em sua plenitude de direitos e deveres. Sendo esta isonomia, garantida pelo princípio da igualdade, que por sua vez busca fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A necessidade de usar princípios e normas constitucionais como parâmetro de interpretação as demais normas do Direito, são evidenciadas para a formação de uma sociedade moralmente igualitária.

### 2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A QUESTÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Constitucionalismo pode ser entendido como um movimento jurídico e político que vislumbra limitar o poder do Estado, fixando o direito e a norma à população, através de uma constituição escrita. Este movimento constitucional busca resguardar a eficácia dos direitos fundamentais imprescindíveis a dignidade do ser humano. Canotilho compreende o constitucionalismo como:

...teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política social de uma

comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Assim, esse conceito expressa claramente a limitação do estado em relação à garantia dos direitos humanos, enfatizando o poder político, através da democracia. Ou seja, considera-se que o estado deve se omitir em dadas circunstâncias para que garanta aos cidadãos a efetividade dos seus direitos, necessários para a concretização do estado democrático.

Esta corrente não surgiu espontaneamente, desde a Idade Antiga, acompanha-se a evolução deste instituto em vários países da Europa. Canotilho é citado por Lenza, quanto aos grandes movimentos constitucionais, principalmente pelo fato daquele não se preocupar com a análise minuciosa sobre cada “Era” (Antiga, Média, Moderna e Contemporânea).

Sobre o posicionamento de Canotilho, Lenza registra:

Sem se preocupar com a análise das referidas “eras”, Canotilho, entre tantas distinções, estabelece, mais simplificada, apenas dois grandes movimentos constitucionais: o constitucionalismo antigo e o moderno, caracterizando-se este último como “... o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político”. (LENZA, 2009, p.50-51)

No Brasil, esta necessidade de garantir aos indivíduos o pleno gozo de seus direitos fundamentais, faz-se presente até os dias atuais. Para tanto, o constitucionalismo utilizou o princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma interpretativo dos demais direitos do ordenamento jurídico brasileiro, primando pela eficiência dos direitos humanos e pela interferência do Estado nas relações privadas apenas quando necessária. O Direito, assim, busca acompanhar a evolução da sociedade, isso porque não se trata de uma ciência estática, mas que se apresenta em constante mutação.

As mudanças decorrentes de um novo modelo de sociedade implica, também, uma nova forma de interpretar o Direito. Se com o surgimento do constitucionalismo, a sociedade viveu um momento revolucionário de sua história, ainda mais com o aparecimento do Neoconstitucionalismo, entendido como uma nova concepção do direito constitucional na atualidade.

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum desses se define hoje, ou já se definiu no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se

apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa. (SARMENTO, 2009, p. 114)

O conceito de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade do parlamento, pensava uma sociedade sem diversidades, formada por homens livres e iguais, dotados das mesmas prerrogativas. É óbvio que essa perspectiva não é aceitável, uma vez que os homens possuem aspirações diferentes e pertencem a classes ou grupos sociais bem distintos.

O novo contexto de instituição das normas nega, terminantemente, uma norma geral, abstrata, coerente e produto da vontade homogênea do parlamento. Trata-se, agora, do neoconstitucionalismo, fruto originado do pluralismo das forças sociais. Fica claro, portanto, que o direito não tem origem apenas no poder estatal, pois parte das necessidades dos homens, dos grupos sociais de viver em sociedade. Cabe ressaltar que com essa nova característica o positivismo clássico perde o seu ideário principal, como pode-se observar nas palavras de Sarmento:

[...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país. SARMENTO: (2009, 114)

Havia, no positivismo clássico, as características de impessoalidade e da coerência da lei. No neoconstitucionalismo, dadas as múltiplas pretensões dos grupos sociais são dissolvidas as imagens de homogeneidade da sociedade liberal, passa a conter nos seus contextos preferências cada vez mais plural. Nas palavras de MARINONI,

[...] não foi apenas a perspectiva interna da lei que mudou, deixando de ser o resultado de uma vontade homogênea e coerente para ser o resultado da participação e da pressão dos vários grupos sociais, mas também a própria noção de que o direito tem origem no Estado. (MARINONI, 2010, p. 44):

Como fora afirmado antes, não se pretende diminuir ou anular o poder do Estado, mas deixar evidente que as forças sociais conseguem expressar suas preferências e ganhar um foco maior no direito da lei. Essa abertura à sociedade foi oferecida pelo próprio poder estatal. Essa

nova conjuntura traz para o direito outra postura, frente ao princípio da legalidade. Marinonise pronuncia:

[...] Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. MARINONI (2010, p. 45)

Dentre muitos estudiosos do tema em tela, o professor Luís Roberto Barroso, divide as características do neoconstitucionalismo em três “grandes transformações”:

Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2009, p. 314)

Assim, o neoconstitucionalismo prima pela idealização da eficácia da Constituição Federal sobre as demais normas jurídicas, tirando do seu texto legal a sua melhor interpretação, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Este processo de leitura das normas infraconstitucionais à luz da Lei Maior comprova a hierarquia normativa vigente no atual ordenamento jurídico, ao passo que, comprova a sua importância ao garantir aos cidadãos os direitos humanos. Sendo, esta, hierarquia comprovada no plano formal, como também, na premissa axiológica, diante do novo movimento constitucional, o neoconstitucionalismo.

Quanto à origem e as características fundamentais do Neoconstitucionalismo, ainda é preciso assinalar ainda alguns pontos referentes ao assunto, principalmente, no que se refere à compreensão, crítica e conformação da lei. Com o Neoconstitucionalismo, a Lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Desta forma, a tarefa da doutrina deixa de ser apenas a de descrever a lei, porém de compreendê-la.

Compete ao jurista um novo papel, além de executor passa a interpretar a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Apreendem-se, nesse modelo, leis com mais princípios do que regras. Essa forma de compreender criticamente é uma empreitada de concretização, pois a lei não seria mais o objeto, mas um elemento que o conduzirá à formação de uma nova norma, vista não como texto, porém como sua nova interpretação. Sobre o tópico, Marinoni (2010, p. 47), argumenta:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* (grifo do autor) as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem* (grifo do autor), corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

Desta forma, a eficácia da normatividade dos direitos fundamentais, hoje, apresenta-se à sociedade como valores imprescindíveis a dignidade humana. Ter essa consciência é fundamental, uma vez que esses princípios e direitos contribuem para a coesão e a conformidade do sistema, não permitindo que os juízes e os juristas cometam enganos, mas coloquem a lei na perspectiva de justiça.

Sobre esse aspecto, Marinoni (2010, p. 48) expõe que o Neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como “conformação da lei”.

Toda a inovação na área jurídica trouxe ao jurista uma oportunidade de concorrer a momentos significativos de responsabilidade e de dignidade, junto ao Estado, na promoção da efetividade da Constituição, nos projetos do Estado e nas pretensões da sociedade.

A família não se absteve dessa nova ordem jurídica, tendo seus dispositivos legiscuidadosamente observados na perspectiva fundamental da Constituição Federal de 1988. Esta cautela é justificada devido às inúmeras mudanças que marcaram esta relação, sendo necessária uma interpretação inovadora à luz das normas constitucionais e dos direitos humanos. As mudanças foram significativas e trouxeram um avanço positivo para com esta relação privada em especial.

De uma só vez inseriu o direito fundamental da igualdade nas relações familiares (referente à relação entre homens e mulheres, mas também entre os filhos, qualquer que seja sua origem), como ainda estendeu, de forma exemplificativa, o próprio conceito de família, reconhecendo a união estável como tal, assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental.

Ainda insatisfeito, transferiu integrantes dessa nova família a livre decisão quanto ao planejamento familiar, justificando esse entendimento na dignidade da pessoa humana, bem como na paternidade responsável, e impedimento ao Estado a adoção de formas coercitivas para assegurá-la.

Assim sendo, é notável o surgimento de uma diversidade de mudanças na perspectiva privada, diante do modo de interpretar a lei infraconstitucional em detrimento dos direitos fundamentais, tendo como mais precioso o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale salientar que na falta de eficácia deste princípio, não seria possível garantir a igualdade entre aqueles que compõem a família, muito menos teriam legalidade todas as mudanças e avanços constituionalmente consagrados.

A preocupação com o bem estar da família aos moldes constitucionais só foi possível devido ao olhar jurídico que visa à humanização do direito de família, sendo impossível de outro modo, senão partindo da premissa dos direitos fundamentais.

### 3. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Este capítulo considera o direito civil constitucional a partir do chamado movimento de constitucionalização das normas, garantindo aos cidadãos dignidade como pessoas humanas que são. Será ressaltado, como esta corrente modificou o modo de pensar as leis, buscando fundamento legal nos direitos fundamentais, não ficando preso ao texto do Código Civil.

Diante dessa ordem de constitucionalização do Direito, faz-se-á apontamentos sobre a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais, nas relações privadas. Relações estas, que proporcionaram a liberdade aos particulares de contratar ou gerenciar suas vontades, sempre que estas não firam a lei. Ademais, novos paradigmas foram introduzidos no ordenamento jurídico quanto a instituição familiar, sendo estes notavelmente revolucionários ao que tange esse novo movimento, denominado direito civil constitucional.

#### 3.1 NOVOS PARADIGMAS INTRODUZIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil, no Brasil, foi gestado por leis esparsas que, por não vigorarem em detrimento de um objeto comum, tornaram-se inviáveis à sua codificação. A Lei nº 3.071/16 transcendeu as primeiras tentativas de criação do código. O grande nome da feitura desse anteprojeto foi o jurista Clóvis Beviláquia.

A lei em comento deu origem ao primeiro Código Civil Brasileiro. No entanto, esta codificação só se firmou após 15 anos de discussão no Congresso Nacional no qual exerceu um duradouro período de vigência. Ocorre que, a lei passou a perder sua finalidade social, devido à situação fática em que se encontrava a sociedade brasileira naquela época. Diante da ineficácia normativa, não demora muito para a propositura de novos anteprojetos, almejando a codificação de uma nova ordem cível.

Todavia, foi o anteprojeto de 1.973, dirigido pelo renomado jurista Miguel Reale que ganhou notoriedade e espaço no âmbito jurídico, que somente veio a ser aprovado em 2002. Foi necessário a promoção de mudanças ao corpo deste anteprojeto, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é mais recente. A Lei Maior garante a valoração da pessoa humana e esta deve ser implantada ao nosso atual Código Civil. O objetivo é a satisfação dos direitos fundamentais por toda a sociedade em pé de justiça, igualdade e liberdade.

De maneira bastante explícita, Lucarelli (2007, p. 136) salienta que:

A partir da Constituição da República de 1988, que, como já dito, elegeu como princípios norteadores a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a busca de uma

sociedade livre, igualitária e justa, resta consagrado o reconhecimento de que a pessoa é o fim, o verdadeiro “valor-fonte fundamental do Direito”, enquanto o Estado é o tão somente o meio para garantir a promoção desses direitos fundamentais.

Nasce a necessidade da Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro de 2002, sem o qual seria impossível manter ainda vigente o código civil, devido às lesões detectadas a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, como também de direitos fundamentais como os da liberdade e igualdade ao gozo dos direitos humanos. A partir daí, as relações privadas, como o direito de família, passaram a ser interpretadas à luz da Lei Maior e tuteladas pelo Estado. Quanto ao intervencionismo estatal Clèmerson Melin Clève afirma que:

[...] O Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando” (2000, p. 136)

O Estado é detentor do poder de resguardar os direitos fundamentais de cada cidadão, seja em sociedade, como também nas relações privadas. Um verdadeiro guardião dos direitos humanos, imprescindíveis para a elevação da figura dignamente humana. No Direito Civil, a efetivação dos direitos fundamentais não poderia ser inexistente.

Diante de todo esse comprometimento com a valoração da dignidade do ser humano, surge uma ideologia que enriquece e promove um grande avanço na ordem jurídica, chamado de constitucionalismo no Direito, que mudou o modo de “ler” a norma com o objeto de promover a democratização, bem como proceder nas relações privadas em comprometimento com princípios constitucionais, como o mais abrangente, a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Canotilho o constitucionalismo,

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o Constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO, 2007, p. 46)

A partir daí, novos paradigmas começam a surgir diante da Constitucionalização do Direito Civil. As leis infraconstitucionais passam a ser interpretadas à luz da Constituição, sempre zelando pela eficácia dos direitos humanos de toda a sociedade, independentemente de classe, sexo ou raça. No tocante as relações privadas não poderia ser diferente, sendo resguardada a sua efetivação entre particulares desde que em concordância com a lei.

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art.1º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras

constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. (LENZA, 2009, p. 48)

Essa nova visão da norma infraconstitucional, à luz dos preceitos fundamentais da Lei Maior, revolucionou o mundo jurídico e social, uma vez que esse paradigma supera a bifurcação do ramo do direito público e o privado, à medida que a constitucionalização é efetivada em seu meio. As mudanças são bastante nítidas, refletindo de mudanças na parte que normatiza as relações privadas. Em favor dessa necessária evolução do Direito, explicita Lenza. (2009: p.49)

Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de descodificação [grifo do autor] do direito civil para o surgimento de vários microssistemas [grifo do autor], como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei da Separação e do Divórcio etc.

A constitucionalização do direito civil, ou ainda, direito civil constitucional como também é chamado, trata-se da interpretação das normas deste, conforme o texto constitucional. Desse modo, feita a leitura hermenêutica das relações privadas à luz da Constituição, relações estas, como nas do direito de família.

O Código Civil e a Constituição Federal de 1988 conduziram o Direito de Família ao seu ápice, no que diz respeito à intervenção estatal mais acentuada. Essa intervenção e se condiciona assuntos, como, famílias que são tuteladas pelo Estado, a igualdade de todos os filhos, a institucionalização da separação, o poder familiar, entre outros. A transformação do Estado nesse sentido intervencionista se deu com o tempo e conforme a necessidade da população.

### 3.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais, em muitas oportunidades, também designados como direitos do homem ou direitos naturais são assim abordados ante a sua importância para com a organização do Estado e a vida em sociedade. Nasceram da necessidade de o homem conviver em liberdade e harmonia com os demais membros do grupo, ao mesmo tempo, que estão submetidos a um controle estatal. Para tanto, o Estado também está sujeito a eficácia dos mencionados institutos jurídicos, freando quando preciso o seu poder. Diante da sua importância, estes direitos tiveram de ser contemplados pelo processo de constitucionalização,

seja formal ou material, até tornarem-se definitivamente direitos fundamentais constitucionais.

A partir desse movimento de constitucionalização, estas normas ditas fundamentais, passaram a funcionar como verdadeiros norteadores de todo o ordenamento jurídico de uma nação. Atualmente estão dispostas no texto da Constituição Federal como cláusulas pétreas, ou seja, institutos jurídicos que não podem sofrer modificações em seu conteúdo ou interpretação, salvo quando estas forem necessárias para a interpretação mais clara.

A Constituição Federal, em seu eterno comprometimento com a dignidade do ser humano, busca fazer com que seus direitos fundamentais estejam vigorados também nas relações privadas. Observa-se a incidência dos direitos fundamentais na sua eficácia irradiante. Sendo esta presente no poder legislativo ao elaborar a lei, seja na administração pública ao “governar”, ou ainda que seja para o Judiciário ao resolver eventuais conflitos. Nas palavras de Marinoni (2004, p. 168)

[...] a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, têm-se as modalidades de eficácia vertical e eficácia horizontal. Sendo aquela agraciada apenas na relação entre indivíduo e Estado, na qual fica claro o pressuposto da soberania estatal, sobre a limitação da vontade do cidadão. Esta última, por sua vez, demonstra a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, na qual o Estado não irá intervir, pois aos particulares é assegurada a liberdade de se relacionarem sem o intervencionismo estatal. Aqui a vontade dos particulares é respeitada e não há hierarquia, salvo quando desta relação a lei seja ferida.

(...) sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (‘eficácia horizontal’), especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo ‘caráter público’, por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc. (LENZA, 2011, p. 747)

Nas relações privadas, observa-se a eficácia dos direitos fundamentais, em plano horizontal, no qual, aos particulares é assegurada a liberdade de criarem vínculos privados, desde que estes não firam a legislação. Ao contrário do que se estabelece no plano vertical, na qual há incidência da eficácia dos direitos fundamentais sobre o Estado. Aqui, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais no âmbito privado, ele terá ainda a dever de fazer com que estes sejam respeitados.

A necessidade de fixarmos essa premissa decorre da circunstância de estarmos tratando de pessoas se encontram em suposta igualdade, sendo certo que,

contrariamente ao Estado (que é juridicamente limitado). O particular é essencialmente livre, podendo fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíba. Ironicamente, essa igualdade, bem como o atendimento ao princípio da reserva legal são igualmente direitos fundamentais constitucionais fundamentais. (SILVA, 2007, p.135)

No entanto, Sarlet(2006, p. 392) aponta duas considerações referentes à eficácia dos direitos fundamentais em detrimento as relações privadas. Na primeira, ele ressalta que, quando houver igualdade na relação entre as partes, esta será assegurada pelo princípio da liberdade. Nesse caso, não haverá incidência da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, desde que não ocorra ameaça ou ferimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ou de direitos individuais.

Na segunda consideração, quando a relação privada ocorre um indivíduo entre um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e os detentores de poder econômico ou social, caso em que, de acordo com o referido autor, há consenso para admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois esta celebração recorda a estabelecida entre o Estado e os particulares (eficácia vertical).

Os direitos fundamentais, na sua totalidade, devem estar presentes em todas as relações familiares que são de natureza plenamente privada, não poderia ser diferente. Diante da supremacia da Lei Maior sobre as demais legislações específicas, estas devem buscar naquela, fundamentos de validade que garantam sua eficácia. Em suma, as leis que regulam as relações familiares devem encontrar seu fundamento de validade nos direitos fundamentais, nas normas constitucionais.

Isso significa dizer que, ao interpretarmos uma norma infraconstitucional, de forma a verificar a adequação daquela (norma infraconstitucional) a esta (norma constitucional). E nessa verificação, assumem papel relevante os direitos fundamentais, já que são os que dizem mais de perto ao ser humano, em quaisquer de suas relações. (SILVA, 2007, p.136)

No ramo do Direito de Família, constrói-se essa nova ordem de interpretação, inclusive resultando numa verdadeira revolução normativa marcada por mudanças significativas, sendo estas, originadas a partir da necessidade e realidade da sociedade atual.

Com o processo de neoconstitucionalização nas relações privadas, mais precisamente, no direito de família, construiu-se uma nova ordem social. Desse modo, Estado evoluiria do seu contestado e desconstitucionalizado estado liberal para um preceito necessariamente democrático.

Com esse novo método interpretativo e com a atuação democrática do Estado, obteve-se com êxito a extinção daquela premissa patriarcal e conseqüentemente o fim da submissão da mulher no âmbito social e familiar. Partindo desse pressuposto, o Estado passa a agir em

favor da defesa da justiça e igualmente dos seres humanos, deixando de se restringir ao texto de lei e valorizando a dignidade humana como fator preponderante na sua atuação jurisdicional.

E o direito de família não exclui dessa nova visão das relações jurídicas privadas. Ao contrário, o confirma, na medida em que a família se democratiza, abandonando de vez a figura patriarcal, assim como os modelos religiosos instituídos. O afeto ganha espaço, servindo como orientador da vontade estatal, traduzida nas decisões judiciais cada vez menos restritas ao texto da lei e mais conformes aos conceitos de justiça, igualdade e, em última instância, de valorização da pessoa humana. (LUCARELLI, 2007, p.136).

Diante das formas em que a família pode se apresentar, o Estado passou a reconhecer e proteger este instituto de uma maneira mais ampla, aplicando nas relações familiares os direitos fundamentais a ela inerentes. Não deixando de interpretar a legislação infraconstitucional.

Com a aplicação e interpretação do texto constitucional no direito de família, tem-se a sua constitucionalização, indispensável para a formação de um Estado definitivamente democrático. No entanto, não é necessário abandonar o texto legal, mas sim buscar a sua interpretação, desde que essa siga a utilidade social condizente com a sua realidade e a todo tipo valorizando a dignidade da pessoa humana.

### 3.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Diante dessa nova corrente, denominada direito civil constitucional, muitos artigos do Código Civil adotaram uma perspectiva moderna, afim de que princípios constitucionais garantidores de direitos, como o da dignidade da pessoa humana e o da isonomia, não viessem a ser feridos. Esse movimento propôs no “abandono” do positivismo, no qual era evidente uma interpretação presa as normas, para atuar de forma mais dinâmica voltada aos paradigmas constitucionais.

Essa nova ordem jurídica de interpretação trouxe grandes avanços para a sociedade atual, que gritava por mudanças quanto ao modo de pensar as relações privadas. No que concerne ao Direito de Família, constatou-se uma maior efetividade do Estado, proporcionando para a família uma maior proteção. O intervencionismo estatal no âmbito familiar determinou novos paradigmas a esta entidade, no sentido da democratização de seus integrantes.

A Constituição Federal reforça o estado de igualdade entre os cônjuges, bem como a da sua filiação. Com certeza uma das grandes conquistas que revolucionaram o entendimento

sobre o tema que feria princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, sendo inclusive este decisivo para a constitucionalização efetiva desses institutos.

Foram princípios como o da igualdade dos cônjuges e companheiros que, juntamente com a Constituição Federal, iluminaram o Direito de Família, resguardando a todos os membros do instituto familiar, em igualdade, o exercício de todos os seus direitos e deveres.

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coadunam com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. [...] a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal. (DINIZ, 2008, p. 19).

O Direito de Família passou a ser resguardado pelos princípios constitucionais, partindo da idealização de uma ordem jurídica constitucionalizada, que incide plenamente, em respeito ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana, em todas as esferas sociais. Quanto a incidência do princípio da igualdade jurídica de cônjuges e companheiro, este encontra-se consagrado na Constituição Federal Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, no § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Esse novo marco histórico, em 1988, que se caracteriza pela inovação na ordem de interpretação e atuação do Estado, trouxe mudanças significativas em todo o Direito. Não foi diferente no ramo do Direito de Família. As evoluções foram necessárias tendo em vista que a sociedade vive em constante mudança. Para não recorrer a mudanças radicais ao texto legal, adotou-se a constitucionalização das relações privadas, como é o caso do instituto familiar.

A constitucionalização do direito de família importa, antes de tudo, em examinar as questões referentes ao tema não mais sob a ótica dogmática da legislação infraconstitucional, mas principalmente através dos olhos da sensibilidade que o tema suscita. (LUCARELLI, 2007: p. 141)

Desse modo as leis civis que tratam desse direito tão importante para a formação da sociedade, passaram a ser interpretadas da melhor forma possível. Assim, nada mais racional do que interpretá-las a luz da Constituição, uma vez que é dela que todos os demais direitos emergem, buscando sua fundamentação de validade. Além disso, valoriza-se cada questão relativa ao tema examinado através da sensibilidade, observando os aspectos individuais e perceptíveis.

A constitucionalização do direito de família configurou em diversos progressos sociais, principalmente, no direito fundamental de filiação. Quanto aos direitos dos filhos, consagra-se o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, sendo este assegurado pela Constituição Federal. A respeito do tratamento isonômico da filiação Maria Helena Diniz, em detrimento do princípio em tela, diz:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade. (DINIZ, 2008, p. 27)

Não haverá a distinção quanto a natureza da filiação. A partir da eficácia deste princípio que adveio juntamente com a Constituição, os filhos passaram a ser considerados iguais, independentemente de sua natureza ou formação, não podendo haver privilégio no que diz respeito ao tratamento no seio familiar, conforme as palavras a seguir:

Anteriormente, a família era observada como uma unidade de produção, nas quais as relações de matrimônio objetivavam tão somente a legalização das relações sexuais (coabitação-art. 231, II), a procriação, a mútua assistência (art. 231, III) -inclusive econômica, o dever de educar e manter a prole (art. 231, IV) e o estabelecimento de vínculos patrimoniais (art. 230 – regime de bens). (LÉPORE, 2010)

O Estado passa a intervir, diretamente, nas relações familiares devido à necessidade latente de sua atuação nesse ramo do direito. Atualmente, após constantes evoluções sociais, a família perdeu aquelas características e aquela finalidade produtiva. Outras formas de agrupamento familiar passaram a ser observadas. Hodiernamente, o casamento não é mais o único meio de se estabelecer em família, uma vez que poderá ser formada a partir de uma união estável, como também, de forma monoparental.

Sob esse prisma, negar reconhecimento à parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, equivale a negar-lhe a própria dignidade, já que tal dignidade, repita-se exaustivamente, acolhida pelo legislador constitucional como pilar do Estado Democrático de Direito brasileiro, importa, antes de mais nada, em liberdade e igualdade: liberdade para optar e igualdade para que essa opção não sobra discriminações de qualquer espécie, em especial quanto ao sexo. (LUCARELLI, 2007: p. 139)

São mudanças que evidenciam explicitamente as mudanças quanto ao modo de analisar as diversas formas em que os indivíduos podem se estabelecer, relacionando-se com os demais. Independentemente de como nasça a relação entre cidadãos, do mesmo sexo ou não, esta deve ser resguardada garantindo-lhes inclusive a proteção à dignidade de cada pessoa humana.

Com as mudanças ocorridas em todas as instâncias da sociedade, a caracterização dos tipos de família também é influenciada por estas transformações desde os primórdios até os dias

atuais. Por esse motivo tem-se a necessidade de a lei se adaptar ao modelo que sugere a humanidade.

Assim sendo, sempre houve uma grande dificuldade e cuidado por parte do legislador ao tratar do assunto família, pois ela sendo instituto tão particular da vida do cidadão, em tese, não mereceria a intervenção estatal, porquanto, legislar as relações familiares foi mais uma necessidade do que algo natural. Ao legislar sobre família, o legislador faz com que, geralmente, ocorra o desgaste da situação fática para só então se tratar do tema, assim como ocorreu com a alienação parental. Também, não foi diferente com as modalidades atuais existentes de famílias.

Aos juízes cabe a árdua tarefa de utilizar os parâmetros oferecidos pelos direitos fundamentais para garantir o desenvolvimento judicial do direito, mantendo-se assim a viva a letra da lei, e assegurando que a Constituição, assim como o ordenamento jurídico dela decorrente, não se transforme em mera “folha de papel”, mas sim na tradução dos reais fatores do poder. (LUCARELLI, 2007, p. 141)

Assim, não é correto raciocinar que a lei infraconstitucional deva ser abandonada, mas sim que sempre haja a sua interpretação de modo atualizado e em consonância aos preceitos constitucionais. Desse modo, a constitucionalização, como fator crucial na valorização da pessoa humana, traz o bem ao meio social e familiar.

No entanto, o Estado tarda para solucionar problemas que requerem urgência, como é o caso da alienação parental. Esta problemática já existe há muito tempo, mas recentemente ganhou notoriedade diante do alarmante número de casos que chegam ao Judiciário.

#### **4. A FAMÍLIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ANÁLISE DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Neste capítulo, será explanada a problemática da alienação parental, expondo-se de modo sucinto, sua origem, seu conceito e suas principais peculiaridades, a fim de entender essa temática. A partir daí, serão apontadas as medidas adotadas pelo Estado, partindo do pressuposto de que sua intervenção tornou-se imprescindível, uma vez que este problema atinge famílias em processo de separação litigiosa, ferindo princípios constitucionais como, o da convivência familiar, garantidos às crianças e adolescentes.

É papel de todos (Sociedade, Família e Estado) garantirem um ambiente familiar saudável, para o desenvolvimento dos filhos, assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem destaque nessa batalha contra problemas como a alienação. Desta feita, buscar-se-á apontar as dificuldades que o Judiciário encontra, quanto a sua atuação mais eficaz, indicando a evolução do mesmo e as atuais medidas punitivas evidenciadas em lei às suas respectivas condutas que caracterizem o problema em destaque.

Dessa forma, demonstrará o modo com que o Estado vem punindo os alienantes, ao passo que busca resguardar os direitos das crianças e adolescentes de crescerem em um ambiente harmônico à um convívio familiar saudável.

##### **4.1 ALIENAÇÃO PARENTAL: ANÁLISE JURÍDICA**

A sociedade vive em constantes transformações, sejam estas, políticas, sociais ou de outra natureza. Muitas vezes, da ocorrência daquelas, nasce a necessidade de uma mudança de cunho jurídico. Assim, passam a buscar em novas normas a solução para conflitos ou problemas resultantes daquela evolução social. Problemáticas como é o caso da Alienação Parental, que há muito tempo já existia, mas que devido a seu elevado índice de acontecimentos e repercussão social, tornou-se um inimigo do Estado a ser ‘batido’.

A Alienação Parental ocorre na maioria dos casos, quando da separação litigiosa, um dos genitores (pai ou mãe), passa aos filhos uma figura degradante à imagem do outro genitor, trazendo problemas ao desenvolvimento da criança no domínio familiar. Configurados como agressões aos direitos humanos, essa temática tende a ser estudada e explicada a fim de minimizar esse perigo das estâncias familiares, e consequentemente da sociedade.

Maria Berenice Dias, fundadora do Instituto Brasileiro do Direito da família faz considerações relevantes acerca da alienação parental:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente luto da separação e do sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de vingança. É desencadeado um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade – é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de uma verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando como genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é informado. (DIAS, 2012 p. 409)

Essa conduta passou a ser observada e analisada para que os direitos aos menores não viessem a ser feridos. A luta para entender e discutir a alienação de crianças e adolescentes segue também na necessidade de diferenciá-la da Síndrome da Alienação Parental, uma vez que são institutos díspares. Sendo assim, é relevante discernir a Alienação Parental da síndrome propriamente dita, àquela que afasta o filho de um dos genitores pelo outro, geralmente o guardião do menor, e essa a síndrome assinalada pelas marcas emocionais e comportamentais que vêm acometer a criança. Richard Garden foi o pioneiro no entendimento da Síndrome de Alienação Parental e a definiu assim:

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 denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. 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. (GARDNER, 1985, p. 2)

Compreende-se, a partir desse ponto que a incumbência do Estado em intervir na raiz do problema, faz-se necessária, buscando extinguir danos que possam ser causados aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

A grande incidência desses casos incitou o Deputado Federal Régis de Oliveira a criação do projeto de Lei nº 4.053/08, sendo votado e aprovado, dando vigência a Lei nº 12.318 em todo o Brasil em 26 de agosto de 2010.

Quanto mais material for coletado e divulgado a respeito da alienação parental mais se convence de que este mal precisa ser reparado, atitudes precisam ser tomadas. Muitos envolvidos nessa prática talvez não percebam a gravidade da situação de risco que colocam crianças e adolescentes que “amam”. Quem sabe com a propagação dessa temática, da lei e da sua aplicabilidade esse mal não seja erradicado da sociedade?

Sobre o que diz a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, faz-se necessário registrar o 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.” (CF, 2010).

Diante do exposto, no artigo, a alienação parental interfere na formação psicológica dos menores diante da conduta alienante de um dos genitores. Vale ressaltar que este ato gravoso ao desenvolvimento da criança ou adolescente, não está restrita a figura dos genitores, mas envolvem todos aqueles parentes com laços afetivos a vítima, como por exemplo, avós e tios da criança. Este é um entendimento que se permeia no âmbito da jurisprudência atual.

Seguindo a análise normativa, tem-se, no parágrafo único, do respectivo artigo, um rol de hipóteses em que a alienação parental pode ser enquadrada, como segue a diante:

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.

No inciso I, destaca-se a forma mais comumente aferida à alienação parental. Nessa modalidade, ocorre a desqualificação do outro genitor, apontando-lhe uma falsa realidade que ataca a mente da criança, sendo em alguns casos, tão destrutiva que afeta até mesmo o genitor vitimado. Já na modalidade alienante encontrada no inciso II, em muitos casos realizada em comunhão com a do inciso anterior, é a ação de induzir o menor a não respeitar a autoridade do outro genitor. Aqui, o menor é levado a acreditar apenas no alienante, dificultando a autoridade alienada.

No que foi exposto pelo legislador nos incisos III e IV, observamos a busca pela proteção ao direito do genitor, que não detém a guarda do filho, de poder visita-lo, resguardando o convívio de ambos. A incidência desses casos de alienação é bastante comum, pois os direitos a telefonemas, emails e até mesmo visitas, resguardados para o outro genitor, são dificultados pelo alienante. Em cada caso, cabe uma análise minuciosa, já que a vontade do menor deve sempre prevalecer para que os seus direitos não sejam violados.

A partir da exposição de todas as hipóteses de alienação parental, resta claro a necessidade de proteger o direito de convívio familiar entre criança e o genitor que não goza da guarda do filho. No inciso V, este convívio é dificultado quando o genitor nega oferecer informações sobre a criança ou adolescente, tais como endereço e informações escolares. No inciso VI, o ataque ao convívio harmônico é mais severo e imediato, pois são apontadas falsas denúncias sobre o outro genitor ou aos familiares, com o intuito de cessar os vínculos com o menor. Para finalizar, no inciso VII, a limitação desse convívio é realizada com a mudança de endereço, sem comunicação antecedente ao outro genitor, tornando impossível o relacionamento do filho com genitor vitimado.

Quando do desrespeito ao direito de convivência familiar expõe o artigo 3º da Lei 12.318/10 o seguinte:

“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.”

Quanto ao texto legal supracitado, observa-se a busca pelo melhor interesse da criança ou adolescente, sendo este imprescindível para um benéfico desenvolvimento psicológico e social dos menores. No artigo 4º da referida Lei observa-se a pretensão do melhor interesse do menor, sendo necessária a intervenção estatal sempre que necessária para resguardar os direitos dos filhos, principalmente por serem vítimas da alienação parental, como segue o texto legal:

**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.

No artigo 5º da Lei 12.318/10 encontram-se dispostas quando serão possíveis a produção de provas por meio de perícia, para detectar a incidência da alienação parental caso a caso, não podendo haver dúvida alguma antes da punição ser executada. Esse cuidado se faz necessário devido à proximidade dos envolvidos, a descrição, as atitudes, provas documentais,

histórico dos envolvidos, enfim, uma gama de material, tudo deve ser periciado com grande responsabilidade.

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.

Este dispositivo legal é essencial para comprovar a existência ou não da alienação parental em cada caso concreto. Tal exame é imprescindível, uma vez que o magistrado não possui condições de perceber essa problemática, sendo necessárias provas que convençam da verdade dos fatos. Julgar o caso sem um apoio pericial pode prejudicar no momento da decisão judicial, vindo a ferir ainda mais os direitos inerentes aos filhos.

Sendo assim, agir como alienador é interferir na formação psicológica do outro, é tentar controlar as atitudes, os sentimentos da criança ou adolescente de maneira brusca, convencendo de que o outro não é bom. A SAP, resultado da prática da Alienação Parental, é um mal que precisa ser abolido das práticas sociais visto que fere os direitos garantidos na Constituição Federal, conforme está explicitado em seu artigo 227:

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

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais obedecendo os seguintes preceitos(...)

De acordo com a lei máxima, dentre os direitos preconizados está o de conviver com a família, a salvo de toda forma de alienação ou negligência. Se não for possível o próprio estado se incumbirá de fornecer cuidados para que os direitos sejam cumpridos.

Assim, o Estado passa a atuar na intimidade familiar. Isso é preocupante, tendo em vista a “subjetividade” do tema para o Judiciário, quanto a esta nova questão. Esta ação estatal deve ser pautada visando à promoção dos direitos humanos inerentes as crianças e adolescentes e não o contrário. Desse modo, para que o Estado não cometa o erro de punir o

genitor errado, prejudicando ainda mais o menor, ele terá de buscar a verdade dos fatos, para só assim, agir com justiça em cada caso.

#### 4.2 A PROTEÇÃO LEGAL DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO FAMILIAR

Por meio de medidas sociais, de proteção e socioeducativas o ECA assegura o bem estar das crianças e adolescentes brasileiras. Além disso, seu texto traz relevantes disposições sobre os direitos fundamentais da infância e adolescência, dentre os quais, pode-se notar: a garantia da vida, saúde, integridade, liberdade, convivência familiar e comunitária, proteção contra violência e exploração, dentre outros. O Judiciário desempenha um relevante papel no sentido de frustrar o desenvolvimento da alienação parental. Ao reconhecer a prática de alienação parental, faz-se necessário que,

[...] o Poder Judiciário aborte seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar. Via de regra, até por falta de adequada formação, os juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado. (FONSECA, 2007, p. 16)

A lei estabelece que, ao ser informado de qualquer prova substancial de alienação parental, o juiz deverá determinar que uma equipe multidisciplinar realize uma investigação sobre o caso em até 90 dias. O processo deverá ter a sua tramitação prioritária, e o juiz poderá atribuir medidas transitórias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou facilitar a reaproximação entre ambos.

A alienação parental constitui em uma das formas mais violentas de abuso contra a criança, chegando a causar a perda de poder familiar do genitor alienante, lidar com ela, requer dos magistrados, assistentes sociais e conselheiros, recorrer a área da Psicologia, visando o enfrentamento do problema, já que se trata de relacionamento humano conflituoso. Portanto, identificar o comportamento do alienador, evitando que a mesmo comprometa a criança sob sua guarda, e se transforme em síndrome são tarefas que se impõem ao Poder Judiciário, que, para esse fim, deverá contar com o grupo de assistentes sociais e, principalmente, de psicólogos.

No tocante ao advogado que atua na área do direito de família, deve priorizar a defesa da criança alienada, por exemplo, mesmo quando procurado pelo genitor alienante para a defesa de seus direitos, inclusive com a recusa ao patrocínio da causa do progenitor alienante. Antes de qualquer pessoa deve estar a defesa do menor alienado. Ao menor devem-se preservar

condições que garantam o seu melhor desenvolvimento como cidadão. Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) exerce esse papel de proteção integral à criança e adolescente.

O ECA traz fundamentos que auxiliam no combate a condutas que comprometam o gozo dos direitos fundamentais inerentes aos menores no seio da família, dentre outras, a alienação parental. O artigo 4º da Lei 8.089/90 destaca a necessidade de garantir a criança ou adolescente o direito ao convívio familiar saudável, possibilitando o seu desenvolvimento psicológico e social.

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

Pode-se inferir que é dever de todos garantir as melhores condições ao menor. Esta tarefa não é privada a família, uma vez que existem vários casos em que se comprova um enorme desrespeito ao direito dos menores no seio familiar. Quando a família passa a ameaçar direitos fundamentais, tais quais os referentes “à vida”, “à saúde”, “à alimentação”, “à educação”, o Estado passa a intervir nessa relação, com propósito de erradicar o mal vigente no seio familiar. O artigo 5º adverte da necessidade de punir condutas que constroem as crianças e adolescentes no âmbito familiar: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

O artigo supracitado não utiliza o termo alienação parental, uma vez que este trata-se de instituto mais recente. No entanto, esta conduta danosa caracteriza-se como uma forma de exploração e violência aos direitos da criança e adolescente, sendo assim passível de medidas que busquem a sua extinção. Sua prática importuna o direito fundamental do convívio familiar saudável, pois dificulta o relacionamento entre familiares. O ECA promove um papel imprescindível quanto a proteção aos direitos humanos da criança e do adolescente, tendo inclusive amparo na Constituição Federal, sem a qual não teria validade e eficiência.

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram de objetos a serem «sujeitos de direitos», considerados em sua «peculiar condição de pessoas em desenvolvimento» e a quem se deve assegurar «prioridade absoluta» na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País.

Observa-se que o Estado tem buscado por meio de políticas públicas promover o desenvolvimento social das crianças e adolescentes. Tais ações demonstram a preocupação quanto aos direitos fundamentais dos menores, principalmente aqueles que têm seus direitos ameaçados. O Estatuto da criança e do adolescente garante a proteção legal destes indivíduos no âmbito familiar ao passo que garante o direito ao convívio saudável do menor na família.

#### 4.3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO DE FAMÍLIA: ESTUDO JURISPRUDENCIAL

Como a alienação parental veio a se estabelecer reiteradamente em casos de divórcios e dissoluções de uniões estáveis, o Estado passou a intervir diretamente na intimidade destes cidadãos. No entanto, a ação estatal deve ser cuidadosa ao passo que o objeto neste caso é a preservação dos direitos e garantias dos envolvidos na alienação.

Diante disso, o Deputado Federal Régis de Oliveira lançou o projeto de Lei nº 4.053, que após ser aprovada virou a Lei 12.318/2010 ou Lei da Alienação Parental. A referida lei aborda sobre o que pode caracterizar a alienação, ao mesmo tempo em que reforça o direito fundamental à convivência familiar, que por sua vez está regulamentado no capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que demonstra a preocupação com o convívio e desenvolvimento físico e mental dos menores no âmbito familiar. Sobre a lei em apreço, citada por Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 307).

[...] a lei em apreço deixou claro o que caracteriza a alienação parental, transcrevendo uma série de condutas que se enquadram na referida síndrome, sem, todavia, considerar taxativo o rol apresentado. Faculta, assim, o reconhecimento, igualmente, dos atos assim considerados pelo magistrado ou constatados pela perícia. Estendeu ela os efeitos não apenas aos pais, mas também aos avós e quaisquer outras que tenham a guarda ou vigilância (guarda momentânea) do incapaz. Esclareceu, também, como afastar o filho do convívio da mãe ou do pai, mudar a guarda e o direito de visita e até impedir a visita. Como última solução, suspende o exercício do poder parental.

A partir da regulamentação desse instituto, o Estado, agora em exercício da sua jurisdição, procede para que a lei seja aplicada de modo justo e satisfatório ao social, o que outrora não ocorria. No entanto, o Judiciário ainda apresenta dificuldades em identificar e punir este mal. Quando assinalados atos que tipifiquem a alienação parental ou de qualquer modo comprometam os direitos das crianças e adolescentes de conviver com genitor, tais condutas serão punidas a luz do artigo 6º e incisos, da Lei 12.318/10:

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.

De acordo com o dispositivo legal supracitado, devem recair sobre os agentes que praticarem condutas típicas de alienação ou a elas equiparadas, as “sanções” elencadas nos incisos de I a VII, analisando caso a caso. É importante salientar que as sanções podem ser aplicadas cumulativamente, esta hipótese sendo viável a critério do magistrado, em ações autônomas ou de modo incidental.

O Poder Judiciário, valendo-se do direito fundamental de convivência da criança ou adolescente, entra no íntimo da relação em desarmonia para verificar se há ou não a comprovação do abuso moral entre as partes envolvidas, como também se há indícios de interferências no desenvolvimento psicológico do menor.

Baseado no direito fundamental de convivência da criança ou do adolescente o Poder Judiciário não só deverá conhecer esse fenômeno, como declará-lo, interferindo na relação de abuso moral entre alienador e alienado. A grande questão seria o acompanhamento do caso por uma equipe multidisciplinar, pois todos sabem que nas relações que envolvem afeto, uma simples medida de sanção em algumas vezes não resolve o cerne da questão.

A família espera-se ser, o meio pelo qual o ser humano alcança tal dignidade. Um “ninho” onde o indivíduo possa desfrutar dos direitos que lhes são resguardados e assim possa ser feliz. “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer” (DIAS, 2008, p.105). Uma vez constatada, será declarada a ocorrência de alienação parental e a conseqüente advertência ao alienador. Esta é a punição mais branda àqueles que interferiram na formação psicológica da criança ou adolescente e a sua relação com o outro genitor. (art. 6, D).

No inciso II, do citado artigo, deve o magistrado ampliar a convivência, restaurando de imediato o convívio parental, antes que aconteça o pior, qual seja o estado de higidez mental da criança, que poderá ser irreversível. A ampliação da convivência deverá ser a primeira medida a ser tomada, quando houver indícios de disputa pela presença do filho, até mesmo quando as visitas estão sendo dificultadas.

Há, nesse sentido, uma preocupação ao que expõe o inciso II, ditando que é do magistrado o dever de ampliar a convivência do menor com o genitor alvo dos ataques do alienante, com o objetivo de restaurar de imediato o convívio parental. Esta medida deverá ser urgentemente aplicada quando for notória a disputa pela guarda do filho. Assim, por exemplo,

quando houver indícios de que o genitor do menor está dificultando as visitas do genitor ou menor, será proporcionada de imediato a ampliação da convivência destes para cessar o ataque.

O magistrado ainda poderá optar pela imputação de multa processual, sendo esta medida tomada com o intuito de promover o andamento regular do processo de modo mais eficiente e com segurança jurídica.

As multas de natureza processual têm como objetivo o constrangimento do alienador a pagar com seu patrimônio por condutas que prejudiquem o normal andamento processual. Diante da urgência que envolve estes processos esta medida deve ser utilizada sempre que necessária para o desfecho justo do processo.

No entanto, é importante analisar se a imposição ao pagamento de multa é realmente necessária, pois desta obrigação pode surgir uma revolta ainda maior e um descontentamento que afete a relação do alienado ao filho.

Vale ressaltar que o objeto de tais medidas é a proteção aos direitos dos menores, educando os genitores quanto a sua relação ante o problema que existe e não simplesmente a sua punição. Partindo desse pressuposto, a multa não precisará ser efetivada quando da sua feitura resultar constrangimento ou outro resultado negativo a relação e à moral do agente punido com o autor e o menor. Neste sentido,

[...] aqui a inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas menores do que se fosse cumprir o contrato. A diferença está em que não se consideram os aspectos morais da questão, apenas a possibilidade de que se descumpra o prometido por conta do comportamento oportunista das partes. Depende do tipo de penalidade (e do custo que isto acarreta) a ruptura ou a inadimplência contratual tanto por parte do promitente em desempenhar a sua promessa como do prometido em fazer sua parte. (PINHEIRO; CASTELAR, 2006, p.132)

Mais uma medida que pode ser aplicada a casos de alienação parental é o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial. (Artigo 6º, IV). Como as demais, este procedimento pode vir cumulado a quaisquer das outras elencadas no artigo 6º da Lei nº 12.318/10. Cabe ao magistrado o poder de decidir do modo que entender mais adequado e eficiente para o melhor andamento do processo. Como o magistrado não pode decidir neste sentido sem o amparo de um laudo pericial, este será requisitado para que no prazo máximo de 90 dias (o § 3º do artigo 5º da nova Lei de Alienação Parental) possa ser analisado. Vale ressaltar que o prazo poderá ser prorrogável desde que o seu motivo seja justificável. Como o Judiciário carece neste sentido, uma vez por sua desestruturação e outra por sua superlotação processual, esta medida não é precisa e totalmente eficiente.

Dentre as medidas elencadas, na Lei n° 12.318/10, as punições, mais severas ajuizadas, por parte do Judiciário são as de alteração da guarda compartilhada ou sua inversão (Art. 6°, VI) e a suspensão da autoridade (Art. 6, VII). No entanto, as suas proposituras muitas vezes não são efetivadas, uma vez que a Síndrome de Alienação Parental ainda não é denominada uma patologia psicológica, sendo esta a defesa da parte em muitos dos casos que chegam ao judiciário, retardando ou até mesmo extinguindo o rito processual.

O poder familiar é o instituto protetivo oriundo de o antigo pátrio poder, que por sua vez consiste em um conjunto de garantias e obrigações atribuídas aos pais para contribuir com o melhor desenvolvimento da criança no âmbito familiar. Quando o ambiente passa a ser hostil ao menor o Estado intervêm de modo a sanar o problema.

A suspensão da guarda ou ainda a sua alteração para guarda compartilhada pode ser uma solução imputada pelo magistrado com o objetivo de proteger a saúde física e psicológica do menor. A partir do monitoramento requisitado pelo próprio judiciário, poderá ser fixado à criança ou adolescente um domicílio cautelar, desde que assistido, no qual será assegurada a visita por parte do outro genitor. Em suma, observadas todas as tentativas de resolver os conflitos, sendo estas frustradas, a suspensão do poder familiar, mesmo sendo tão rigorosa poderá ser realizada, como medida excepcional. Esta punição traz sequelas a toda a família, inclusive ao menor que sofrerá a ausência de um dos seus genitores.

Por isso, nota-se que o Estado-juiz, em observância ao princípio da proteção integral à criança e adolescente, busca resguardar os direitos violados dos alienados. A atuação do Estado, nesse sentido, é imprescindível, uma vez que há casos concretos que comprovam o ferimento à direitos básicos e inalienáveis dos menores no ceio da família marcada pela alienação parental.

Sendo assim, a integridade física e, principalmente psicológica está em jogo e, portanto, merecem atenção dos agentes estatais. No mais, o Estado deve atuar fortemente no combate a alienação parental nas relações familiares, a fim de blindar os direitos dos menores, ao passo que estes, não precisam sofrer com a decisão dos pais de extinguir a relação. Acima de tudo deve ser prevalecida a vontade da criança e adolescente, para um desenvolvimento físico e psicológico saudável.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei que discute a Alienação Parental foi criada, especificamente, para proteger as crianças e adolescentes, primando pelos direitos destes no que se refere à uma convivência sadia e plena com ambos os genitores. Desse modo, mediante uma análise interpretativa da mesma, percebe-se que o Estado através desta busca meios para combater o problema sem ferir ainda mais os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Constata-se que os direitos fundamentais, também designados como direitos humanos, são importantes para a organização do Estado e da vida em sociedade. Surgem para nortear o direito positivado, trazendo uma interpretação em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, imprescindível para um convívio harmônico com os demais indivíduos.

No mais, destaca-se a relevante contribuição do neoconstitucionalismo, visto que esse movimento jurídico propiciou um novo olhar acerca da hermenêutica constitucional. Com essa nova corrente, a lei passou a ser vinculada pelos princípios constitucionais, não ficando sua leitura restrita ao dispositivo legal, como outrora era feito no positivismo. Essa nova doutrina revolucionou o modo de pensar as leis infraconstitucionais, zelando pela interpretação mais digna ao ser humano.

No que se refere ao direito privado, verifica-se a necessidade da aplicação e eficácia dos direitos humanos, com o intuito de proporcionar a liberdade aos particulares de contratar ou gerenciar suas vontades, sem que estas firam dispositivos constitucionais. Nas reações privadas, especialmente no direito de família, fica nítido um avanço quanto ao olhar constitucional, após a introdução de novos paradigmas ao que concerne a instituição familiar. Diante dessa globalização das entidades e preceitos familiares, observa-se a atuação do Estado, buscando zelar pela família, tanto da sua consagração quanto do fim do vínculo efetivo.

Quando há ruptura do casamento, não cessa a obrigação de respeitar a integridade física e psicológica dos filhos que dele advir. Devem ser resguardados os direitos das crianças e adolescentes que necessitam de um lar saudável e do apoio moral da família, sociedade e Estado, para o seu melhor desenvolvimento como sujeito de direitos. Todos devem proteger e zelar pelo bem estar das crianças, cabendo ao Estado intervir sempre que houver privação desses direitos.

A alienação parental, então, seria um problema que fere os direitos inerentes às crianças e adolescentes no seio da família, que passa por um período conturbado, comumente

constatado em separações litigiosas. Trata-se da conduta de um dos genitores (pai ou mãe), de passar aos filhos uma figura degradante à imagem do outro genitor, trazendo problemas ao desenvolvimento moral e psicológico da criança no âmbito familiar. Sua propositura pode acarretar a síndrome da alienação parental nas suas vítimas, sendo assim necessário o intervencionismo do Estado na alienação parental.

Diante da constante incidência da alienação parental, sendo um problema que interfere principalmente na formação psicológica dos filhos, o Estado passou a lutar pela proteção a integridade física e moral das crianças e adolescentes. Esta atuação estatal é recente, mas aos poucos tem apresentado medidas que prometem erradicar esse problema do seio familiar. A luta por esse resultado promete ser difícil, uma vez que se trata de um instituto novo e que ainda carece de medidas realmente eficazes ao seu combate.

Por fim, entende-se que a família é a alicerce da sociedade, e esta vem sofrendo mudanças significativas, muito embora ainda persista em nossa sociedade a hierarquização, em que os papéis são definidos pelo sexo. Diante dessas mudanças sociais e históricas pelas quais a família vem passando, além dos processos de separação judicial, divórcio, tem-se a problemática da Alienação Parental que não pode ser deixada de lado, os operadores do Direito devem trabalhar a temática favorecendo discussões e alternativas para que a Lei 12.318/10 torne-se cada vez mais efetiva, haja vista ser uma importante ferramenta junto aos promotores e magistrados no que se refere à proteção aos direitos e à integridade física e psicológica da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo.** In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea.* Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p. 314. In: <http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes/2#ixzz2IIVgkLc4>Acesso em 20 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Moreira Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. Vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição,** 7. ed. 2003

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Diário de Justiça do Estado de São Paulo. Judicial. 24 out. 2013. Disponível em: <<http://www.jurid.com.br>> Acesso em: 25 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome de Alienação Parental. O que é isso? In: APASE (org.) **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos.** Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** v.5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental.** In: **Revista Brasileira de Direito de Família.** v. 8. n. 40. fev./mar. 2007. p. 5-16.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 8 set. 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil.** 8. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional esquematizado.** 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Comentários à lei de alienação parental: Lei nº 12.318/10.** Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12592>. Acesso em: 25 out. 2012.

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

LUCARELLI, M. V. G. Paiva. Repensando o direito de família, à luz dos direitos constitucionais fundamentais. In: SILVA, ROBERTO B. D. (Coord.) **Direito Constitucional temas atuais** Homenagem a professora Leda Pereira da Mota. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000

MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal.** São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do processo.** 4.ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: SARMENTO: Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional e contemporânea. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009 P. 114 In: <http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes#ixzz2lIRaIyAv> Acesso em 10 nov. 2013.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental, O que é isso? Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009. <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acessado em: 25 out. 2013.

SILVA, Roberto B. Dias da. (Org.) **Direito constitucional temas atuais.** São Paulo: Método, 2007.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual: reflexões jurídicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 82, jan. 2003. Acesso em: 25 out. 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Igualdade como reivindicação moral. In: SILVA, ROBERTO B. D. (Coord.) **Direito Constitucional temas atuais** Homenagem a professora Leda Pereira da Mota. São Paulo: Método, 2007.