



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -FAJS

CECÍLIA E SILVA DA ROCHA

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

**Brasília
2012**

CECÍLIA E SILVA DA ROCHA

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira.

**Brasília
2012**

CECÍLIA E SILVA DA ROCHA

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Brasília, Outubro de 2012.

Banca Examinadora

Prof.^o Danilo Porfírio de Castro Vieira
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a eficácia da mediação na solução dos conflitos abordados pela Lei de Alienação Parental (12.318/10). Faz-se inicialmente uma breve análise histórica da organização familiar e das principais mudanças por ela sofridas no decurso do tempo. Neste momento são apresentadas as principais posições doutrinárias acerca dos princípios norteadores do Direito de Família. Passa-se, então, a compreensão do conceito de Alienação Parental trazido pela Lei 12.318/10 e das consequências que podem advir da conduta abusiva. Por fim, com respaldo em significativos doutrinadores, são apresentadas as razões da pouca efetividade das medidas previstas na Lei em questão. Foram demonstrados ainda os motivos pelos quais a mediação pode atuar de maneira mais efetiva na solução dos conflitos acerca das relações de parentalidade.

Palavras-chave: Família sócio-afetiva. Alienação Parental. Síndrome de Alienação Parental. Mediação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 Parâmetros da nova família socioafetiva e despatrimonializada	7
1.1 A família e a tradição.....	7
1.2 A família e o patrimônio.....	9
1.3 A família e o sujeito de direito	11
1.4 A família e a afetividade.....	19
2 A ALIENAÇÃO PARENTAL.....	25
2.1 Os filhos e o fim do amor	25
2.2 A Alienação Parental	29
2.3 A Síndrome da Alienação Parental.....	30
2.4 A Lei 12.318/10.....	34
3 EFICÁCIA DA AÇÃO JUDICATIVA DA DISPOSIÇÃO SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL	37
3.1 A lei 12.318/10 e o veto do artigo 9º	37
3.2 Crises de jurisdição.....	40
3.3 A mediação e os conflitos familiares.....	41
3.4 Justiça restaurativa.....	47
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

As famílias passaram por significativas mudanças ao longo dos séculos. Assim, a compreensão do novo contexto em que se dá as relações familiares tornou-se indispensável à solução de eventuais conflitos. A observância de preceitos como a afetividade, a parentalidade e a dignidade da pessoa humana impõe-se a medida que as famílias passam a se organizar sob o paradigma da socioafetividade.

Os papéis parentais, por sua vez, também foram reajustados de acordo com a nova realidade socioeconômica. Ocorre, contudo, que essas inovações repercutem não só nos casos de constituição familiar como também naqueles em que há um rompimento da união matrimonial. Nestes momentos os papéis precisam se equilibrar de acordo com o princípio do melhor interesse da criança. Entretanto, em alguns casos esse equilíbrio não consegue ser alcançado pelos ex-companheiros que imbuídos pela mágoa do fim do enlace muitas vezes utilizam-se dos filhos como instrumentos de vingança.

Diante desse complexo contexto de desarmonia o legislador advertiu sobre a possibilidade da prática de uma conduta alienadora dos filhos por parte de um dos genitores em face do outro, não ignorando a prática por outros familiares. Acerca de tal conflito previu ainda o legislador medidas punitivas que de acordo com ele seriam aptas a conter o abuso. Dentre essas medidas encontrava-se disposto no artigo 9º da Lei 12.318/10 a possibilidade de mediação dos conflitos relativos a Alienação Parental, porém o citado artigo foi vetado pelo executivo, tornando-se o magistrado o órgão único competente atuar em tais situação conflitivas.

Os prejuízos decorrentes do veto sobredito são analisados no presente trabalho bem como as limitações com que se depara o órgão julgador na tentativa de fazer cumprir as previsões contidas na Lei de Alienação Parental. Traz-se como hipótese apta a solucionar os conflitos dessa natureza a mediação, ressaltando-se os benefícios que os métodos alternativos de solução de conflitos podem trazer na busca por uma pacificação social. As exposições acerca da mediação são feitas com base em renomados doutrinadores com vasta experiência na área do direito de família e, em sua grande maioria, pioneiros na prática da mediação. Indica-se especificamente o uso da mediação nas hipóteses de Alienação Parental por entenderem os estudiosos tratar-se do método mais adequado à solução dos conflitos familiares.

Conclui-se assim pela pouca efetividade da Lei 12.318/10 em razão das medidas “punitivas” nela previstas. Percebe-se, entretanto, a existência de um método alternativo apto a sanar as contendas familiares com enorme eficácia, desde que seja ultrapassada a visão de que todos os conflitos devem necessariamente ser resolvidos por uma decisão impositiva emanada do Estado-juiz.

É de extrema relevância a reflexão sobre as formas de solução de conflitos tendo em vista que o mundo jurídico tenta incessantemente acompanhar as mudanças ocorridas no mundo dos fatos. Uma decisão extemporânea ou inadequada pode ser uma decisão injusta. Sendo, portanto, imprescindível que as transformações ocorridas no âmbito familiar sejam consideradas nos momentos de crise e de solução dessas crises.

A família pautada pelo afeto tem novos problemas e anseia por novas soluções sendo de extrema relevância social que a Lei 12.318/10 seja aplicada da maneira mais eficaz possível diante da relevância do tema por ela tratado e dos riscos que uma solução inadequada aos conflitos de Alienação Parental pode representar.

A metodologia utilizada neste estudo foi a pesquisa dogmática-instrumental, baseando-se precipuamente na doutrina e na legislação afim de solucionar o problema apresentado.

1 PARÂMETROS DA NOVA FAMÍLIA SOCIOAFETIVA E DESPATRIMONIALIZADA

1.1 A família e a tradição

O conceito de família está vinculado de forma indissociável à história da humanidade. O estudo de qualquer questão afeta as relações familiares tem como premissa o reconhecimento do contexto sociocultural em que inserida. Diante disso, torna-se indispensável uma breve análise das principais alterações sofridas pelo instituto ora em estudo em consonância com os respectivos momentos históricos em que se deram. Ao tratar sobre o assunto impõe-se a observância dos ensinamentos de Giselda Hironaka:

Não se inicia qualquer locução a respeito da família se não se lembrar, a priori, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim, que a família é, por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da humanidade.¹

Como não cabe aqui um estudo mais detido acerca das incontáveis formas de organização da família ao longo dos séculos, far-se-á um breve retrospecto a alguns dos momentos mais relevantes da história de acordo com a influência de tais acontecimentos no cenário hoje existente. Assim, não havendo como falar da família sem se referir a suas origens, importante que se observe alguns conceitos relativos à legislação romana.

O insigne jurista Moreira Alves em suas explanações sobre a família no Direito Romano obtempera que:

A família, no direito pré-clássico, se caracteriza por ser rigidamente patriarcal, e por constituir um agrupamento que goza de relativa autonomia em face do Estado [...] O Estado, em verdade, não interfere nas questões surgidas no seio da família, as quais são soberanamente decididas pelo *pater familias*, com a assistência, em certos casos, de um conselho familiar.²

O termo *pater familias* citado no trecho acima refere-se a uma categoria existente na família romana onde está inserido o chefe absoluto, aquele que não possui na linha masculina nenhum ascendente vivo a que esteja submetido; havendo ainda na

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 17-18.

² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 248.

organização familiar a categoria do *fili familias*, que engloba todas as pessoas subordinadas ao *pater familias*, quais sejam, filhos e esposa.³

Os historiadores do direito romano acertadamente prelecionam que os laços sanguíneos e o afeto não são as bases em que se institui a família romana. As organizações familiares, de acordo com os estudiosos, seriam fundamentadas no poder paterno ou marital. Preleciona, entretanto, Fustel de Coulanges que a autoridade paterna ou marital não foi o princípio constitutivo da família, foi efeito que originou-se da religião e foi por ela estabelecido.⁴

O casamento no direito romano pré-classico era obrigatório e tendo como referência o prisma religioso não destinava-se ao prazer. O enlace matrimonial não almejava a união de dois seres que desejassem se associar para a felicidade e para os sofrimentos da vida. O efeito do casamento, diante da religião e das leis, era a junção de duas pessoas sob o mesmo culto doméstico afim de que deles nascesse um terceiro destinado a perpetuar esse culto.⁵

Assim, diante das lições sobreditas percebe-se que desde o início da instituição familiar esta se encontra fortemente vinculada ao aspecto religioso. “Era, com efeito, a religião doméstica que constituía o parentesco entre os homens. Dois homens podiam dizer-se parentes quando tivessem os mesmos deuses, o mesmo lar e o mesmo banquete fúnebre.”⁶

A união dos dois conceitos foi solidificada ainda no período Canônico, momento em que o enlace matrimonial restou estabelecido como requisito indispensável ao efetivo reconhecimento da família. A supervalorização do casamento em momentos históricos de tamanha importância à humanidade torna compreensível a razão pela qual ainda hoje, apesar de significativas mudanças, os dois conceitos estão intimamente vinculados pelo senso comum.

Em seu clássico tratado de direito privado Pontes de Miranda leciona que:

³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 248.

⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 34.

⁵ Ibidem, p. 42.

⁶ Ibidem, p. 46.

O velho direito da Igreja católica tem fontes romanas e alemãs. Em oposição aos *sponsalia de praesenti*, que são casamento, adotou-se o conceito de *sponsalia de futuro* como promessa de matrimônio. Aliás, o nome romano mostra que, nos primórdios o direito romano adotava a forma da estipulação.⁷

Trata-se, portanto, o instituto do *sponsais* de promessa recíproca de casamento da qual decorriam efeitos jurídicos. A regulação do citado instituto pelo direito canônico foi a responsável pela divisão citada por Pontes de Miranda. Os *sponsalia de praesente* equivaliam a uma espécie de matrimônio indissolúvel enquanto os *sponsalia de futuro* restringiam-se a uma promessa de casamento.⁸

Com a extrema relevância dada ao casamento a Igreja impôs o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Assim, durante toda a Idade Média as famílias pautaram-se na concepção cristã de organização sendo compelidas a seguirem-na sob pena de forte rejeição.⁹ Durante este longo período medieval operou-se um grande engessamento do padrão familiar mediante a repressão de qualquer tipo de organização diversa àquela prescrita pelas ordenações religiosas.

Em uma sociedade conservadora, as escolhas mesmo que decorressem do afeto, para obterem legitimidade necessitavam ser convalidadas pelo matrimônio. A família era uma verdadeira comunidade que, integrada por todos os parentes, visava a produtividade. Seus membros eram vistos como força de trabalho e o núcleo familiar era hierarquizado e patriarcal.¹⁰

1.2 A família e o patrimônio

Após séculos de fundação da família sob os parâmetros sobreditos, acontecimentos históricos de forte repercussão social como a Revolução Industrial fizeram com que aumentasse a demanda por mão de obra. A partir de então a mulher ingressou no mercado de trabalho deixando o homem de ser a única fonte de subsistência familiar. Tornou-se a família naquele momento nuclear, restringindo-se ao casal e aos filhos.¹¹

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 201.

⁸ Ibidem, p. 201.

⁹ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 34.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

¹¹ Ibidem, p. 28.

Assim, de acordo com Silvio Venosa:

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho.¹²

Os acontecimentos subsequentes aos fatos acima citados continuaram a estimular o rompimento com as instituições religiosas, o Estado Liberal, caracterizado pela limitação do poder político, disseminou os conceitos de liberdade e igualdade dos indivíduos. Porém, a liberdade destinava-se apenas as questões econômicas e a igualdade teve-se ao aspecto formal. Ao ser tratada pelas codificações liberais a família permaneceu a mercê dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis.¹³ Ao passo que a família se distancia dos preceitos religiosos a sua finalidade procriativa cede espaço para os interesses econômicos. Logo, as questões financeiras tornam-se fatores cada vez mais determinantes para o enlace, interferindo sobremaneira na composição dos lares.

A legislação sobre a família, inclusive no Brasil, assentou suas bases na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio do homem livre proprietário. Persistia a concepção do casamento como sendo a única espécie de organização familiar carecedora de proteção do Estado.¹⁴ Substituiu-se, portanto, a função procracional pela patrimonial das uniões, mas estas continuaram a depender dos requisitos morais condicionantes a sua legitimidade.

Nesse sentido, apesar das mudanças ora mencionadas, os padrões e normas impostos à família desde a Idade Média permaneciam fortemente vigorantes. Cumpre observar a lição de Arnold Wald ao ressaltar que os princípios do direito Canônico no tocante ao casamento foram amplamente aceitos pelo Código Civil de 1916 onde foi mantida a organização da família como unidade produtiva hierarquizada e patriarcal.¹⁵

A legislação brasileira reafirmou os antigos preceitos na expectativa de com eles pudesse impedir eventuais alterações na estrutura familiar. O receio de que fossem

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 20. v. 6.

¹³ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4

¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21.

colocados em risco alguns interesses, especialmente os patrimoniais, impedia a declaração da nova realidade há muito constituída diante do legislador.

1.3 A família e o sujeito de direito

Após um longo período de constituição das famílias em consonância com o modelo patrimonialista, uma série de novos acontecimentos históricos, a exemplo da Revolução Francesa, provocam novamente mudanças no contexto social e, conseqüentemente, nas organizações familiares.

Há um significativo crescimento da percepção de um núcleo mínimo de subsistência do homem visto agora como direito fundamental. A Revolução francesa trouxe consigo os princípios norteadores do Estado liberal partindo-se do pressuposto de que o Estado é o maior potencial violador daquele núcleo mínimo estabelecido. Surgem, assim, os direitos tidos como de primeira dimensão que asseguram um “não fazer” por parte do ente estatal.¹⁶

Nesse sentido o insigne jurista Paulo Gustavo Gonet Branco preleciona que:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a serem positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.¹⁷

A partir deste momento foram progressivas as evoluções sofridas no sentido de afirmação dos mais diversos direitos exercidos por parte da população. Longo foi o percurso transcorrido até que se chegasse ao modelo de organização estatal hoje predominante no ocidente. A Revolução francesa e a Carta Constitucional norte americana demonstram-se como fatores primordiais na fundação do constitucionalismo moderno.¹⁸

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

¹⁷ Ibidem, p. 267.

¹⁸ Ibidem, p. 267.

As grandes transformações ocorridas no tratamento dispensado aos sujeitos concederam-lhes direitos até então inimagináveis. Deu-se início a um processo de “humanização” do Estado que passa a partir de então a ser visto não só como meio assecuratório de proteção como também potencial ofensor das garantias fundamentais asseguradas ao sujeito. Nesse sentido, pautado em princípios que visam prioritariamente à proteção das pessoas constitui-se o Estado social.¹⁹

As pessoas passam a ser vistas como sujeitos de direitos, tendo sua dignidade protegida de maneira material por prestações positivas do ente estatal. Diante desse contexto o cidadão modificará a sua atuação não apenas perante a sociedade, mas também e, principalmente, no âmbito doméstico. As mudanças supracitadas tiveram seus reflexos amplamente disseminados sobre a família que, agora composta por sujeitos de direito, passava a se organizar da forma que melhor lhe conviesse.²⁰

Apesar da demora da legislação específica em se manifestar acerca da possibilidade de escolha as pessoas passavam a se unir de acordo com seus anseios mais íntimos. Ainda que as funções procracional e econômica por razões óbvias não tenham sido extintas, deixaram de ser a principal causa de constituição dos lares em consonância com o desenvolvimento dos fatores socioculturais.

Sobre o tema cumpre notar a lição de Paulo Lôbo ao asseverar que:

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil [...] A partir da década de 70 do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.²¹

Sob a égide do Estado democrático de direito os membros da família transcenderam o papel que nela representavam e passaram a efetivamente exercitar sua subjetividade. Tornou-se o grupo familiar, a partir daquele momento, o principal espaço de

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito da famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

²¹ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23-24.

realização pessoal do sujeito e conseqüentemente de expressão da afetividade.²² Preleciona Lôbo que:

A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.²³

Ainda sobre o tema pondera o autor que:

Evidentemente, as relações de família também têm natureza patrimonial, sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros.²⁴

As transformações ocorridas no instituto ora em questão se deram em virtude de fatores socioculturais decorrentes do natural processo de desenvolvimento das sociedades. Diante de inovações como esta cumpre à legislação tentar incansavelmente acompanhar os fatos sociais respaldando-os o quanto antes de juridicidade.

Entretanto, nem sempre a realidade fática é vista com bons olhos e, em alguns casos, acaba padecendo de tutela jurídica. A nova configuração das famílias passou por tal processo de rejeição tendo sido, ao longo de anos, francamente ignorada pelo Estado.

Carlos Ruzyk observa que a mudança pela qual passaram os lares situou-se em contraposição ao Código Civil de 1916 que preceituara um modelo de família sob uma perspectiva institucionalista onde a disciplina oferecida pelo jurídico possui um caráter veementemente transpessoal.²⁵

Sobre a abordagem feita pelo velho Código preleciona Ruzyk que:

A repercussão dessa ênfase oferecida ao ente abstrato faz com que a regra legal, ao se dirigir a alguém, o faça na perspectiva de que esse sujeito à norma é componente de uma dada família. A sua relevância jurídica, nesse

²² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 20.

²³ Ibidem, p. 26.

²⁴ Ibidem, p. 25.

²⁵ Ibidem, p. 20.

sentido, somente se opera na medida em que ele ocupa um dado papel nessa estrutura transpessoal.²⁶

Assim, ainda de acordo com o autor:

[...] uma regra protetiva da família repercutirá sobre o sujeito adequando sua conduta àquilo que o comando legal reputa adequado ao papel a que se destina. Note-se: a regra não protege o sujeito da relação, mas, sim, o papel familiar que esse sujeito ocupa.²⁷

A postura claramente omissiva do legislador não impediu, contudo, que as formas de organização familiar se multiplicassem tornando-se uma realidade cada vez mais comum. A proteção dispensada unicamente ao ente abstrato, em prejuízo da diversidade social, dava-se por duas razões centrais, quais sejam: a extrema preocupação do ordenamento com as questões patrimoniais e a sua configuração tradicionalmente conservadora.

O Código Civil de 1916 não escondia a finalidade econômica de seus dispositivos ao impedirem o reconhecimento legal de outras formas familiares para além daquela constituída pelo matrimônio. Entendia-se que apenas o grupo familiar assim estabelecido seria merecedor da proteção estatal de seus interesses. Neste sentido, obtempera Paulo Lobo que os códigos civis, editados sob inspiração do liberalismo individualista, alcançaram a propriedade e os interesses patrimoniais como sendo estes a base de todos os direitos privados, inclusive o de família.²⁸

Cumprido notar que Pontes de Miranda em seu tratado de direito privado preleciona que “a palavra família era utilizada no direito romano para referir-se ao conjunto do patrimônio, ou a totalidade de escravos pertencentes a um senhor.”²⁹ Assim, firmava-se o Estado no papel de defensor do acervo patrimonial e das formas institucionalizadas, mesmo que para tanto causasse prejuízo a questões de mais alto valor subjetivo.

Já sob o argumento da moral, aparentemente alheio a questão financeira, mas intrinsecamente a ela vinculado, a eleição de um modelo familiar em detrimento dos demais levava ao desamparo uma legião de cidadãos. Apesar de motivadas pelo afeto as

²⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.

²⁷ *Ibidem*, p. 21.

²⁸ LOBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 172. v. 7.

peças estariam condenadas à marginalização em virtude do intervencionismo estatal sobremedida nas questões de ordem pessoal. Aduzindo Maria Berenice Dias que:

A técnica legislativa sempre aspirou a estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas. Elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A postura é intimidadora e punitiva, na esperança de gerar comportamentos alinhados com os comandos legais. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro comportamental reconhecido como aceitável, a lei nega juridicidade ao que se afasta do normatizado.³⁰

Os problemas causados por tamanha inflexibilidade demonstravam que a legislação restaria inócua se insistisse em ignorar a realidade social em que inserida. Tornou-se inevitável o reconhecimento dos fatos para que as normas atinentes à família atendessem a finalidade a que se destinam.

Após longo período de rejeição dos núcleos familiares diversos ao modelo preestabelecido, o constituinte de 1988, finalmente, trata de questões até então intocadas, cingindo de legalidade o direito legítimo de inúmeros cidadãos.

A mudança de valores na sociedade e, por sua vez, na legislação constitucional permitiu que a família passasse a ser vista como instrumento de realização pessoal. Os sujeitos não mais vivem para a família uma vez ser esta quem se destina à satisfação de seus integrantes.³¹ Assim, “transforma-se o sentido da proteção jurídica da família na medida em que se privilegia a relação coexistencial concreta de seus componentes em detrimento da tutela de um ente abstrato e transpessoal.”³²

Sobre o tema ressalta Paulo Lôbo que:

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.³³

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 13-14.

³¹ LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

³² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24.

³³ LOBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

A perspectiva eudemonista trazida pela Carta Constitucional de 1988 resultou em significativas mudanças no tradicional conceito de família. A partir dali se estabeleceu o rompimento do conceito de família ao do casamento legalmente constituído. Nesse sentido preleciona Luiz Edson Fachin:

A previsão constitucional acerca do reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas do modelo matrimonializado implica, por si só, uma inequívoca ruptura com a unicidade codificada, que a família a um único modelo, centrado no matrimônio. Trata-se, em certo sentido, de uma mudança paradigmática, a medida que a família como dado jurídico passa a ser reputada como plural.³⁴

Diante desse novo contexto, as regras do Código de 1916, cada vez mais incongruentes com os preceitos constitucionais, iam de encontro à progressiva busca das pessoas por seus direitos personalíssimos. A reprovabilidade social que certos atos pudessem ter inibia cada vez menos os sujeitos, ansiosos pela sua satisfação pessoal.

Assim, convencidos de que devem ser felizes, os cidadãos partem em busca de seus desejos, constituindo seus lares independentemente do posicionamento do Estado acerca de suas escolhas. “Há, portanto, um caráter instrumental da família que se dirige à concretização de aspirações afetivas.”³⁵

Sob tão nova perspectiva as famílias se reestruturam e abandonam a função essencial de unidade produtiva, passando o afeto a ser expresso valor jurídico. A busca pela realização pessoal do sujeito faz com que as relações patrimoniais deixem de predominar sobre a pessoa apesar de continuarem a existir.³⁶ Bem como ensina Paulo Lôbo:

A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.³⁷

Em conformidade com a realidade fática, a legislação atinente à família, mesmo com alguma resistência, viu-se compelida a reajustar-se ao novo contexto social

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família elementos críticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34.

³⁵ *Ibidem*, p. 58.

³⁶ *Ibidem*, p. 80.

³⁷ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

diametralmente oposto àquele em que houvera se inspirado. A mudança paradigmática tem, acima de tudo, o condão de possibilitar a transposição de um sistema rígido e limitado para um modelo plural emergente das relações concretas.³⁸ Nesse sentido adverte Fachin:

A longa evolução social e legislativa experimentada pelo Direito de Família passou por diversos momentos relevantes, no curso do século XX, assinalando-se a dissolubilidade do vínculo matrimonial como grande marco histórico. A partir daí, supera-se o conceito único de família matrimonializada e principia-se um caminho plural cujo ápice será encontrado na Constituição de 1988.³⁹

Bem como restou exemplificado pelos fatos narrados acima as formas de organização familiar estão fortemente vinculadas ao contexto histórico em que se dão. A família sofre, portanto, fortes influências dos avanços sociais experimentados pela sociedade em que inserida. As novas tendências mundiais, veementemente ligadas aos direitos humanos, refletem de forma incontestável sobre família brasileira.

A família agora recomposta seria ainda um dos poucos redutos de solidariedade, atributo que tem sido francamente comprimido nos outros setores da sociedade, em razão da esmagadora competitividade.⁴⁰ Nesse sentido Luc Ferry aduz que:

Assim, a relação de privado/público nas últimas décadas foi literalmente revirada, de forma que o fenômeno histórico mais importante desses últimos anos foi certamente o seguinte: sem nos darmos conta, passamos progressivamente das famílias a serviço da política a uma política a serviço das famílias.⁴¹

Não por acaso se tem a dimensão alcançada pelo princípio da dignidade da pessoa humana que como essencial preceito do ordenamento pátrio serve de valor condicionante a todo e qualquer exercício ou não de direitos. Fala-se, inclusive, em eficácia horizontal dos direitos fundamentais o que implicaria na incidência dos mesmos não só nas relações entre Estado e cidadão, como também nas relações entre particulares.⁴²

³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 2-3.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família elementos críticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

⁴⁰ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 75.

⁴¹ *Ibidem*, p. 75.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

Os valores propagados pelo ordenamento pátrio assim como pelos institutos internacionais fundam-se na garantia dos direitos humanos vislumbrando a proteção da família de maneira mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Tendo-se como referencia o melhor interesse do sujeito, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nos seus integrantes, comprometendo a efetividade do principio da dignidade da pessoa humana.⁴³

Ainda sobre a organização da família afirma o insigne jurista Paulo Lôbo:

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade⁴⁴

Operou-se, pois, o alargamento conceitual das relações familiares com consequências inexoráveis no campo do direito de família, de modo a possibilitar a constituição de um sem-número de estruturas familiares, dando origem ao pluralismo das relações familiares.⁴⁵

Dentre tamanhas mudanças não se nega o fenômeno relativamente moderno do crescimento no número de divórcios. Não se podendo concluir, entretanto, que a família do início do século XX fosse mais feliz ou mais unida por isso. Uma análise mais contida dos fatos históricos levará a conclusão que o crescimento do número de divórcios diretamente vinculado à propagação do casamento por amor.⁴⁶

O afeto, a partir da valorização da pessoa humana, promoveu verdadeira repersonalização nas relações familiares, já que o seio familiar, agora como espaço da realização da afetividade, tornou-se o lugar para perpetuação da felicidade, para o exercício da comunhão de vida e o desenvolvimento do indivíduo.

⁴³ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

⁴⁶ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 84.

De acordo com a lição de Paulo Lôbo:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.⁴⁷

E continua:

A repersonalização, posta nesses termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro.⁴⁸

A partir do momento em que o afeto é situado como princípio norteador das famílias, estas adquirem legitimidade para se organizar das mais variadas formas. Refletem, portanto, mais do que nunca as diversidades inerentes ao ser humano. Em nenhum âmbito da formação humana, seja ele, físico, psíquico ou social, conseguiu-se alcançar uma padronização “ideal”. Logo, a tentativa de restrição das famílias, resultantes dos seres que a compõem, a um único e equivalente modelo naturalmente frustrar-se-ia.

Acerca das novas condições em que se dão as uniões Luc Ferry preleciona que a evidência mais propagada na atualidade que pode chegar a suscitar uma unanimidade diz respeito ao fato de que: “a vida comum é caso de sentimento e de escolha, ela tem a ver com decisões individuais, *privadas*, isto é, excluídas tanto quanto possível do controle da sociedade como um todo.”⁴⁹

1.4 A família e a afetividade

O pluralismo familiar não encontra abrigo exclusivamente na relação de afetividade eis que de acordo com a interpretação do artigo 226 da Constituição Federal: a proteção especial do Estado se dará a qualquer modelo de família, desde que presente a afetividade entre seus membros, o desejo de comunhão de vida de modo duradouro, estável,

⁴⁷ LOBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 28-29.

⁴⁹ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 84.

solidário e a realização da felicidade dos seus membros, como se constata da leitura do dispositivo transcrito abaixo:

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

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

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

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. [grifo nosso]⁵⁰

A partir da nova tratativa constitucional a família passa a desempenhar a função social de realização do sujeito colocando-o como fim último da sua existência. Alguns valores sociais também são fortemente alterados bem como preleciona Maria Berenice Dias no trecho transcrito a seguir:

A constitucionalização das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – também ocasionou mudanças da própria estrutura da sociedade. Mudou significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

diferenciações e discriminações, que não mais combinavam com uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre.⁵¹

Como já se disse acima, a Constituição Federal de 1988 teve papel determinante na consolidação da realidade jurídica social hoje existente. A garantia de igualdades por muito tempo inatingíveis possibilitou que mesmo institutos tidos como de direito privado como é o direito de família fossem permeados por princípios historicamente inerentes ao direito público.

A ampliação do conceito de família opera-se, sobretudo, no momento em que a Constituição assegura igualdade de condições à união estável, as famílias monoparentais e aos filhos havidos ou não do casamento. Concedeu-se a partir de então legitimidade ao exercício das diferenças possibilitando que as pessoas deixem de se organizar em torno de um modelo ideal e passem a constituir suas famílias buscando a satisfação de seus integrantes.⁵²

Orienta a melhor doutrina que o rol constitucional ora em comento deve ser visto como exemplificativo uma vez que não se destinava a limitar as organizações familiares aos modelos por ele citados. Tal interpretação iria de encontro à essência do texto constitucional mantendo-se, assim, a mesma postura conservadora que até então adotada. Os casos ali citados serviriam apenas para demonstrar as características essenciais ao reconhecimento de uma união de pessoas como família.

A cláusula geral de inclusão e a pluralidade de famílias encontram amparo notadamente nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade porquanto os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais não devem ser lidos de forma isolada, senão de forma integrada a fim de se obter o verdadeiro significado da norma.⁵³

De acordo com Paulo Lôbo:

Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

⁵² Ibidem, p. 22.

⁵³ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes.⁵⁴

Assim, da análise sistemática do texto constitucional e dos exemplos pontualmente citados no artigo 226 depreende-se que “o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.”⁵⁵

Diante de tais fatos resta incontestável a significativa ampliação das funções do Direito Civil sob o prisma da Constituição de 1988 bem como observa Maria Berenice Dias ao ressaltar que a intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de Direito Civil e, diante dos novos preceitos constitucionais, forçoso é reorganizar o Direito Civil à luz da Constituição.⁵⁶

Em decorrência da ingerência de princípios constitucionais sobre outros ramos do ordenamento chegam alguns doutrinadores a falar em Direito Civil Constitucional. Ainda não houve, contudo, tempo hábil para se concluir sobre até que ponto tal interferência seria benéfica. Ressalvas a parte, na seara do direito de família tem sido consonante o entendimento de que a superação do espírito patriarcal difundido pelo Código de 1916 trouxera grandes benefícios.

Nesse sentido cumpre notar a assertiva de Paulo Lôbo ao afirmar que:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto - a afetividade.⁵⁷

E continua:

Pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo.⁵⁸

⁵⁴ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

⁵⁶ Ibidem, p. 36.

⁵⁷ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-26.

⁵⁸ Ibidem, p. 29.

Forçoso é reconhecer que o amparo legal ao novo protótipo assumido pelas famílias possibilita a assistência dos envolvidos naquelas relações anteriormente marginalizadas. Ademais, a postura inclusiva assumida pelo ordenamento viabiliza um melhor monitoramento por parte do Estado das situações fáticas que até então não eram sequer reconhecidas.

Sobre o tratamento atualmente dispensado as organizações familiares ensina ainda Lôbo que:

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. [...] Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de espaço de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que a integram [...].⁵⁹

Foram diversas as alterações sofridas pelo ordenamento civilista no que tange ao direito de família, porém, a maior parte delas está imbuída pelo mesmo espírito, qual seja o espírito constitucional de proteção aos direitos e garantias fundamentais, portanto, ao princípio enunciado por Hermogeniano ao asseverar que a finalidade do direito é servir a pessoa.⁶⁰

A noção de proteção a cada um dos membros da entidade familiar enfatiza o seu sentido coexistencial, que não está condicionada a uma tipificação, e sim que se destina ao atendimento do melhor interesse dos componentes daquele grupo.⁶¹ Corroborando, portanto, com o posicionamento colacionado acima de que nas questões da família deve-se observar prioritariamente o bem estar e a satisfação do direito das pessoas ali envolvidas.

A realização pessoal da afetividade é a função primordial da família contemporânea. Como já dito, suas antigas funções tem agora papel secundário, mesmo a função procracional, diante da primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.⁶²

⁵⁹ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82.

⁶⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo. Atlas, 2010. p. 48.

⁶¹ LOBO, op. cit., p. 96

⁶² Ibidem, p. 20

Por todas as razões ditas acima, que nem sequer se aproximam da complexidade do ser humano e do progresso de seus relacionamentos, conclui-se que “a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.”⁶³

O estudo de qualquer situação com tamanha profundidade como as que tocam à família requer não só o conhecimento técnico ou sistemático, mas, sobretudo que se haja com a sensibilidade necessária à reflexão das questões mais íntimas e intocáveis do homem.

No âmbito das relações de família há muitas nuances a serem consideradas. Não se pode ignorar o fato de que cada escolha pautada no afeto está imersa em sentimentos que talvez nem sequer sejam passíveis de compreensão. Apesar de algumas definições louváveis feitas sobre o tema nunca se soube o que realmente seria essa sensação de acolhimento que faz com que algumas pessoas escolham entrelaçar os seus caminhos.

A complexa questão é sabiamente sintetizada por Adriana Maluf no trecho transcrito a seguir:

Assim é o amor, esse sentimento de pertencimento, de autoconhecimento, de engrandecimento das potencialidades individuais da alma humana. O direito de vivê-lo, sem sombra de dúvida, seja no seio da família, em suas diversas modalidades, seja através das relações de parentalidade, corresponde a direitos personalíssimos do ser humano.⁶⁴

Assim, diante da inquestionável complexidade com que se deparará toda e qualquer pessoa que venha a lidar com tais situações. Cumpre, finalmente, que se observe a lição de Paulo Lôbo:

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar.⁶⁵

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

⁶⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo. Atlas, 2010. p. 48.

⁶⁵ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

2 A ALIENAÇÃO PARENTAL

As mudanças no contexto familiar tratadas acima naturalmente influenciam não só na formação das novas famílias como também nos momentos de dissolução do vínculo matrimonial. O novo enfoque dado às questões familiares tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana fez com que o legislador observasse de maneira mais atenta alguns comportamentos prejudiciais que podem decorrer do fim da união. Nesse contexto de rompimento uma prática que com frequência se verifica é a campanha denegritória feita por um dos genitores em face do outro, a essa prática denominou-se alienação parental, objeto de estudo do presente capítulo.

2.1 Os filhos e o fim do amor

A mudança de paradigmas ocorrida nas composições familiares, como já se disse, não reflete unicamente no momento de formação das famílias. Os novos papéis assumidos pelos integrantes do grupo familiar atuam de maneira contundente também nos casos de crise, especialmente naqueles em que ocorre a dissolução do vínculo afetivo. Assim, a orientação assumida pelas famílias impôs significativas mudanças no tratamento de tais relações. As instituições pautadas pelo afeto, naturalmente, transpassam por questões de extrema complexidade em virtude dos sentimentos ali envolvidos.

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Ao longo do último século o instituto do poder familiar sofreu significativas transformações em decorrência da evolução nas relações familiares. A mudança ora referida não se deu apenas com o deslocamento do poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A transformação foi muito mais significativa ao passo que o interesse dos genitores agora está adstrito a realização do filho como pessoa em desenvolvimento.⁶⁶

O poder familiar conferido aos pais de forma igualitária valida o papel parental permanente de forma individual incentivando ambos os genitores a um envolvimento conjunto, ativo e contínuo na vida dos filhos. Entretanto, na pós-ruptura do vínculo conjugal, este encargo comum àqueles que até então eram cônjuges, muitas vezes passa a ser alvo de

⁶⁶ LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268.

discussão, surgindo a necessidade de se aquilatar a responsabilidade de cada um quanto aos filhos comuns.⁶⁷

Tal processo gera conseqüências em múltiplos sentidos sendo a separação conjugal considerada um fenômeno social que irradia seus efeitos para além da pessoa dos cônjuges. Apesar do Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.579 afirmar que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, ou ainda estabelecer em seu artigo 1.632 que as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, a prática demonstra profundas alterações nesses relacionamentos diante das inúmeras controvérsias advindas da ruptura.⁶⁸

O estudo das questões afetivas e de suas repercussões no ambiente jurídico requer uma análise contextualizada das relações familiares. Nos processos desta natureza podem os filhos vir a padecer de um sofrimento prolongado pelo inacabável litígio entre seus genitores, tendo em risco a sua saúde psíquica diante de hipóteses em que são utilizados como artifício de guerrilha por seus progenitores.⁶⁹

A dificuldade acerca da compreensão de tais casos se dá principalmente pelo fato de os comportamentos adotados nesses conflitos raramente serem analisados como produto de uma construção social. Contribuindo, portanto, a imagem de naturalidade para a perpetuação de condutas distorcidas.⁷⁰ Nesse sentido ressalta Sousa que:

Na discussão sobre os papéis de pai e mãe nota-se, portanto, a importância de colocá-los de forma contextualizada, uma vez que fazem parte dos discursos médico-científicos, político, social e econômico vigentes em dado momento histórico das sociedades. Discursos que são construídos historicamente, preexistem ao indivíduo e serão por ele assimilados, reproduzidos, reconfigurados ou ressignificados como parte de uma cultura.⁷¹

Como foi dito no capítulo anterior, após décadas de absoluta primazia feminina no âmbito doméstico, em meadas da década de 60 iniciou-se a promoção de algumas

⁶⁷ LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 273.

⁶⁸ Ibidem, 273-274.

⁶⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Reestruturando afetos no ambiente familiar: a guarda dos filhos e a síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 259.

⁷⁰ SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010. p. 60.

⁷¹ Ibidem, p. 60-61.

mudanças no exercício dos papéis parentais. As mulheres passaram a exercer duplas ou até triplas jornadas com sua inserção no mercado de trabalho e, a par e a passo, os homens, por sua vez, envolveram-se nas atividades domésticas e familiares ocupando espaços por elas deixados.

Assim, em decorrência da nova realidade familiar, quando da separação, cada vez mais o pai passou a reivindicar a guarda dos filhos, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas. No entanto, a disputa crescente por uma igualdade de espaços nos casos de ruptura conjugal frequentemente estimula sentimentos de abandono, de rejeição que propiciam um ambiente hostil e vingativo. Quando não se consegue superar o sofrimento decorrente da ruptura, não raro opera-se um processo de hostilidade contra o ex-companheiro.⁷²

Nesse sentido Maria Berenice Dias aduz que:

O fato não é novo: usar filhos como instrumento de vingança pelo fim do sonho do amor eterno. Quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos.⁷³

No mesmo sentido Sousa adverte que a compreensão de que a família se estrutura em torno das relações de gênero, ou seja, das diferenças entre sexo histórica e socialmente construídas, ajuda-nos a compreender, por um lado, que a centralidade das mulheres nas relações familiares define uma concepção de família; por outro lado, define como homens e mulheres vão se posicionar nas relações familiares quando tais relações são colocadas em xeque, como nos litígios judiciais.⁷⁴

⁷² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo F. de Campos. **Síndrome de Alienação Parental**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/589>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema!**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/669>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

⁷⁴ SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 64.

Assim sendo, a partir do momento em que as mulheres têm sua cidadania construída como concedida pela sua centralidade na família, quando se sentem ameaçadas da perda de espaço, como ocorre num litígio judicial elas tendem a reagir.⁷⁵

Desse complexo contexto em que se inserem os conflitos relativos à separação e guarda dos filhos menores costumam decorrer grandes prejuízos. As separações judiciais litigiosas afetam sobremaneira os filhos menores, invariavelmente envolvidos na disputa de seus pais. Quando tal fato acontece há uma ruptura familiar, sendo então criadas duas famílias distintas: a do pai e da mãe. Surgindo, em grande parte dos casos, problemas quanto ao exercício dos papéis parentais.

Assim, tem-se que o "elaborar o luto da separação" apresenta-se como um importante fator a ser desenvolvida na sociedade pós-moderna. Vivenciar a separação de maneira racional é demonstrar maturidade para a manutenção do status familiar que unirá os membros do casal parental para o resto de suas vidas: o de serem pais de uma mesma criança.⁷⁶

Nos dizeres de Maria Clara Sottomayor:

A regulação do poder paternal, após o divórcio, não pode ser usada como um instrumento de transformação dos papéis familiares, devendo, antes, refletir a forma como os pais distribuam entre si as tarefas relativas ao cuidado dos filhos, durante a constância do casamento.⁷⁷

Prepondera, entretanto, Giselda Hironaka acerca dos riscos de se concluir, “exclusivamente com base no fato de os pais atingido a idade adulta de forma sadia, sejam os mesmos dotados de um nível apropriado de maturidade para lidar com questões afetivas.”⁷⁸

Razão pela qual não raro tem se verificado a abordagem mais detida de temas relativos às subjetividades inerentes aos grupos familiares. A percepção dos conflitos

⁷⁵ SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010. p. 162.

⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo F. de Campos. **Síndrome de Alienação Parental**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/589>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

⁷⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Divórcio, poder paternal e realidade social: algumas questões. **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 11. n. 2, p. 170, 1997.

⁷⁸ HIRONAKA, op. cit.

familiares limitados ao âmbito doméstico resta prejudicada diante dos reflexos de tais questões no meio social. Ademais, os preceitos constitucionais qualificadores da família como meio de satisfação pessoal dos indivíduos levaram a observância de questões até então intocadas. As modernas perspectivas permitiram que antigos problemas ganhassem maior visibilidade apresentado-se como se novos fossem.

2.2 A Alienação Parental

Cada vez com mais frequência se verifica a abordagem do fenômeno que comumente se dá nos casos de impasses decorrentes dos cuidados para com os filhos após a ruptura conjugal. O fenômeno intitulado Alienação Parental consiste na realização de verdadeira campanha feita por um dos cônjuges (guardião) em desfavor do outro cônjuge no sentido de afastá-lo do filho.

De acordo com a definição legal (art.2 Lei n 12.318/2010):

Considera-se ato de Alienação Parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.⁷⁹

Assim, em razão da inequívoca necessidade de amparo estatal aos direitos constitucionalmente previstos diante de uma prática que “prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar”.⁸⁰

Embora a legislação própria que trata sobre a Alienação Parental seja recente, a doutrina civilista moderna e os tribunais brasileiros já vinham se manifestando esporadicamente em seus entendimentos sobre o tema. A insigne jurista Maria Berenice Dias mais de uma década antes da edição da Lei já advertia que no processo alienante:

O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o genitor distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

⁸⁰ Ibidem.

filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.⁸¹

As falsas memórias implantadas na criança permitem entender porque se torna tão difícil a elaboração de sentimentos de culpa. Sabe-se, ao menos inconscientemente, que não havendo verdade na formulação e sendo o personagem atingido pela falsa acusação um falso personagem, um eventual remorso seria também falso podendo ser descartado.⁸²

Consiste, portanto, a alienação em catequizar a criança para agir contra o genitor não guardião, o que certamente ocasionará a perda da afetividade e da identidade necessárias ao crescimento e maturidade do indivíduo. São inúmeras as influências psicossociais advindas de tal prática.

2.3 A Síndrome da Alienação Parental

A síndrome da alienação parental, por sua vez, trata-se do processo patológico no qual a criança numa base contínua rejeita um dos pais sem qualquer justificativa aparente. Trata-se de um transtorno psicológico de um dos genitores que influencia as opiniões do filho com o intuito único de afastá-la do outro genitor. Programa-se, portanto, a criança para que odeie um dos pais.⁸³

Nesse sentido leciona Gardner que:

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.⁸⁴

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental**. Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,24>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

⁸² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo F. de Campos. **Síndrome de Alienação Parental**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/589>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

⁸³ GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 484.

⁸⁴ Ibidem.

E continua:

Uma Síndrome, pela definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos, e que caracterizam uma doença específica. Embora aparentemente os sintomas sejam desconectados entre si, justifica-se que sejam agrupados por causa de uma etiologia comum ou causa subjacente básica. Além disso, há uma consistência no que diz respeito a tal conjunto naquela, em que a maioria (se não todos) dos sintomas aparecem juntos. O termo síndrome é mais específico do que o termo relacionado a *doença*.⁸⁵

Assim, como se depreende do conceito cunhado por Richard Gardner, a Síndrome de Alienação Parental resulta do posicionamento de um dos genitores que ao opor-se ao ex-parceiro incita o filho a fazer o mesmo. Tal conduta pode decorrer de inúmeros fatores ligados à subjetividade do alienante, mas em qualquer hipótese, macula a dignidade da criança que se vê privada da assistência moral que lhe é devida.⁸⁶

As influências externas na composição da imagem do genitor alienado não costumam transparecer nas atitudes da criança que tende a colocar-se como alguém que tem suas próprias convicções e que procura externá-las. Apenas evidencia-se a fragilidade das opiniões do infante quando aquelas são confrontadas com seus sentimentos ou com os supostos motivos que o levariam a desejar a ausência do genitor alienado.⁸⁷

Nesse sentido aduz Giselda Hironaka que:

Corriqueiramente, as pessoas apresentam sentimentos ambivalentes, ou seja, oscilam seus afetos relativamente a uma mesma situação, objeto ou pessoa. A criança alienada, entretanto, não consegue dar vazão a esta oscilação ambivalente e mantém um padrão contínuo de sentimentos relativos à pessoa do genitor alienado, sempre com carga negativa.⁸⁸

Assim, uma análise mais detida do contexto permitirá concluir que a suposta rejeição ao genitor alienado trata-se na verdade de uma influência exercida pelo alienante sobre a constituição psíquica de seu filho. A contradição de sentimentos decorrente do afastamento de pai e filho que se amam pode ocasionar o rompimento definitivo do vínculo

⁸⁵ GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

entre ambos. Favorece-se, assim, a crescente influência do genitor alienador, agora única referência para a criança.

Consumado o distanciamento entre o genitor alienado e a criança tem lugar agora a Síndrome da Alienação Parental, sendo certo que as seqüelas de tal processo patológico comprometerão, definitivamente, o normal desenvolvimento da criança. Uma vez instalada a síndrome, o filho quando adulto tenderá a repetir o comportamento alienador, além de sofrer com os ressentimentos decorrentes do abuso.

Portanto, ao afetar o direito à convivência familiar por meio da opressão e da violência psíquica, a Síndrome da Alienação Parental fere a dignidade humana a medida que viola a identidade pessoal da criança. Giselda Hironaka preleciona que “instilar a Alienação Parental em criança é considerado, pelos estudiosos do tema, como comportamento abusivo, tal como aqueles de natureza sexual ou física.”⁸⁹

Sabe-se ainda com base no citado estudo que a conduta alienadora da criança se reveste de um comportamento denegritório e injustificado em desfavor de um dos genitores. De acordo com Maluf “esta síndrome pode ser entendida como um distúrbio no qual a criança, numa base contínua, deprecia e insulta um dos pais sem qualquer justificativa aparente, devido a influência e a doutrinação do outro genitor.”⁹⁰

Portanto, em razão de tantos possíveis prejuízos decorrentes do rompimento de um relacionamento ensina Sousa que é importante que os ex-cônjuges sejam capazes de estabelecer entendimento mútuo no intuito de manterem preservada a relação com os filhos. Afirmando ainda que a forma como os pais vivenciam a ruptura do casamento, bem como as expectativas sociais em torno dos papéis parentais, e o ordenamento jurídico, tanto podem dar sustentação como contribuir para fragilizar a parentalidade.⁹¹

Cumprido notar que diante das diretrizes constitucionais o relacionamento entre genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a personalidade deste último

⁸⁹ GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 483.

⁹¹ SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 48.

e, conseqüentemente, assegurar o exercício de seus direitos fundamentais para que possa edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e dever, para exercer a função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos.⁹²

Giselda Hironaka assevera como inadmissível a submissão da criança aos anseios dos adultos como se a estes pertencessem. O interesse a ser resguardado diante das situações conflitivas é o interesse da criança, prevalecente entre todos os demais. Preleciona ainda Giselda que:

Por melhor interesse da criança, no entanto, não deve ser pensado apenas um simplório interesse egoístico desse ser que ainda se encontra em estágio formativo. O interesse da criança é o interesse mediato, é aquele interesse em ter sua personalidade resguardada e bem-formada; e não, ao contrário, o interesse imediato, que possa ter se forjado - ou que possa ter sido forjado - em seu âmago, dirigindo-se aleatoriamente nesta ou naquela direção. Pode-se afirmar, assim, que o que se visa satisfazer é o desejo da criança enquanto sujeito de direitos, e não a mera satisfação dos objetos de desejo dessa mesma criança.⁹³

Assim, ao se verificar a dissolução da união, independentemente da forma como esta tenha se dado, deve-se observar a perene necessidade das crianças quanto aos cuidados de seus pais. As fragilidades permaneceram as mesmas e no mesmo grau ou maior de quando seus pais viviam unidos no seio de um único grupo familiar. É nesse contexto que o cuidado parental ressalta enquanto "instituição altruísta, dirigida a fazer prevalecer o interesse da criança".⁹⁴

O flagrante desrespeito aos valores preceituados requer o máximo esforço para a sua contenção tendo em vista a necessária observância da proteção integral da criança e do adolescente.

⁹² SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010. p. 81.

⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo F. de Campos. **Síndrome de Alienação Parental**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/589>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

⁹⁴ Ibidem.

Pondera Maluf que:

Tendo em vista a importância do convívio com ambos os pais e o direito personalíssimo à biparentalidade biológica (ou mesmo socioafetiva), vemos nesta conduta, marcadamente emulativa, um flagrante desrespeito ao melhor interesse da criança, uma periclitção de sua higidez psíquica, dada a importância dos eventos da infância na aquisição de moldes relacionais e produção do simbólico na mente do menor, e sobretudo uma ausência marcada de amor ao filho, a si próprio e à própria instituição familiar.⁹⁵

Nesse sentido Sousa ao tratar do rompimento conjugal adverte sobre a relevância de uma delicada intersecção entre questões relativas à conjugalidade e a parentalidade.⁹⁶

Importante notar as considerações de Jussara Meirelles ao alertar que as decisões judiciais visando o melhor interesse da criança e do adolescente representam uma postura inovadora focada no bem estar do menor. Podendo, no entanto, ser distorcida por um comportamento manipulador dos progenitores de forma a tornar obscuro aquilo que efetivamente deveria ser entendido como “melhor interesse”.⁹⁷

2.4 A Lei 12.318/10

Diante dos efeitos devastadores causados pela Síndrome da Alienação Parental foi editada em 26 de Agosto de 2010 a Lei 12.318/10⁹⁸ que trata sobre o tema.

Dispõe o artigo 2º da referida lei que a alienação parental é a interferência no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente causada por um dos genitores, avós, ou por quem tenha o infante ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou lhe imponha dificuldades à manutenção de vínculos com este.

O parágrafo único do citado artigo dá ainda exemplos de condutas tidas como alienadoras.

⁹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo. Atlas, 2010. p. 203.

⁹⁶ SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 23.

⁹⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Forum, 2007. p. 63.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

Em seguida dispõe o artigo 3º que a prática do ato de alienação parental fere ao direito fundamental da criança à convivência familiar saudável prejudicando a realização do afeto com o genitor e com o grupo familiar. Logo, conclui o artigo que o ato alienador constitui abuso moral contra o infante resultando ainda em descumprimento dos deveres inerentes a autoridade parental.

Sob o aspecto processual, a fim de que se apliquem as sanções legais previstas, dispôs o legislador serem suficientes os indícios da prática do ato.⁹⁹ Foi ainda assegurado à criança e ao genitor a garantia mínima da visitação assistida, exceto nos casos em que haja risco a integridade física ou psíquica demonstrada em atestado profissional.¹⁰⁰

Fixou ainda a Lei 12.318/10 em seu artigo sexto as sanções aplicáveis aos casos de alienação, sem afastar a possibilidade de responsabilização civil e criminal. Dispõe o artigo em comento:

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.¹⁰¹

Nesse momento começa-se a questionar se o Judiciário dispõe dos meios suficientes para detectar a alienação parental de maneira eficiente. Notório é que nas questões familiares, especialmente naquelas em que envolvidas crianças e adolescentes, o tempo é fator primordial sendo impreterível que se decida de forma a fim de que se proteja o melhor

⁹⁹ HEUSELER Gisele; LEITE Denise . **Direito de Família e alienação parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/818>>. Acesso em: 13. ago. 2012. p. 16.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 16.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

interesse da criança.¹⁰² Recentemente observou-se um nítido exemplo nesse sentido, na quinta Vara de Família da Comarca de Nova Iguaçu - Rio de Janeiro uma menina de cinco anos chamada Joanna Cardoso Marcenal Rodrigues Marins foi destinada aos cuidados do pai, tendo sido a guarda revertida sob o argumento de alienação parental por parte da genitora. Dois meses após a decisão a criança morreu por negligência e maus tratos paternos. Vários pareceres contraditórios e intempestivos foram despachados, tornando o desfecho desse caso um triste exemplo de inoperância do sistema.¹⁰³ Exemplos assim demonstram a fragilidade dos meios de combate à alienação parental.

É conferida ao magistrado a possibilidade de aplicar um ou mais meios de punição sem prejuízo de eventuais medidas provisórias liminarmente deferidas. Tendo em vista o direito fundamental de convivência da criança e do adolescente com aqueles que lhe são caros deverá o juiz não só reconhecer a alienação como também declará-la interferindo na relação de abuso moral configurada. Indispensável seria nesses casos uma abordagem multidisciplinar em função da diversidade de questões ali envolvidas.¹⁰⁴

¹⁰² CORREIA, Eveline de Castro. **Análise dos meios punitivos da nova lei de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/713>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Ibidem.

3 EFICÁCIA DA AÇÃO JUDICATIVA DA DISPOSIÇÃO SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é um tema complexo que ao ser abordado necessita não só de muito estudo como também da integração de diversas áreas do conhecimento a fim de que seja compreendido. Uma eventual aplicação errônea da lei de alienação parental poderá trazer prejuízos incalculáveis, ainda maiores do que os já naturalmente suportados pelos membros da entidade familiar que passam por uma contenda judicial.¹⁰⁵

As decisões na área do Direito de Família devem ser tomadas da maneira mais efetiva possível, logo, é necessário que se atue com extrema cautela ao julgar uma lide nessa seara. Porém, a sobrecarga em que está imerso o judiciário, cumulada a diversos problemas de ordem estrutural dificultam sobremaneira as condições de julgamento de conflitos com tamanha complexidade.

3.1 A lei 12.318/10 e o veto do artigo 9º

Não há de se questionar o excepcional instrumento que a Lei 12.318/10 tem sido para uma maior conscientização das pessoas, inclusive dos profissionais do direito, quanto a impreterível necessidade de se proteger o núcleo intangível de direitos da criança e do adolescente. Imperioso, entretanto, se faz o questionamento acerca da adequação das medidas previstas na Lei à realidade fática em que os conflitos de ordem familiar se dão.¹⁰⁶

Inicialmente cumpre-se notar as explanações trazidas por José Eduardo Carreira Alvim ao afirmar que:

Legislar é dizer o direito em tese, como norma de conduta que se dirige a todos em geral e a ninguém em particular. A lei é, portanto, dirigida a todos que se encontram sob seu império. Exercer a jurisdição é dizer o direito no caso concreto. A sentença, que é o mais expressivo produto da atividade jurisdicional, dirige-se apenas às partes envolvidas no conflito deduzido

¹⁰⁵ CORREIA Eveline de Castro. **Análise dos meios punitivos da nova Lei de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/713>> Acesso em: 12. ago. 2012.

¹⁰⁶ Ibidem.

perante o juiz. Enquanto a legislação reveste-se de generalização, a jurisdição reveste-se de particularização.¹⁰⁷

Nos casos previstos na Lei 12.318/10 um dos maiores problemas com os quais se depara o magistrado reside exatamente no exercício da atividade jurisdicional. A “particularização” dos enunciados genéricos e altamente subjetivos trazidos pela Lei é tarefa de extrema dificuldade por tratar de temas muitas vezes inacessíveis a um terceiro não inserido naquele núcleo familiar.

As condições nas quais se processam as causas de família inviabilizam que o julgador tenha os mínimos meios necessários para a solução definitiva de conflitos de tamanha complexidade. Nesse sentido se posiciona Conrado Rosa ao asseverar que:

Os conflitos familiares necessitam de uma intervenção diferenciada em seu tratamento, não podendo ser desprezados todos os aspectos psíquicos dos envolvidos. Destarte, não será mediante resolução judicial do conflito que conseguiremos os resultados mais benéficos. Assim, faz-se *mister* a exposição dos meios adequados à jurisdição e sua aplicabilidade no campo familiarista.¹⁰⁸

As subjetividades que permeiam as outras espécies de contendas familiares não seriam menos presentes nos casos de Alienação Parental. Ciente das nuances do tema sobre o qual dispõe a Lei 12.318/10 inicialmente trazia em seu artigo 9º a seguinte previsão:

As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

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

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

¹⁰⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Arbitragem e o poder judiciário**: convergências e divergências. In: 1º SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO ARBITRAL. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003.

¹⁰⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 125-126.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.¹⁰⁹

Diante disso, apesar de ainda representar um significativo avanço no reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes, o veto ao artigo supracitado impediu a realização de sessões de mediação, antes ou no curso do processo judicial.¹¹⁰ A Lei teve, portanto, os seus efeitos invariavelmente minorados ao prever a decisão judicial como meio exclusivo à solução de tais conflitos. Nesse sentido prepondera Conrado Rosa que:

Os conflitos sociais não são aprisionáveis por modelos e por fórmulas padronizadas. Seguem o curso da história, alimentam-se em várias fontes e reproduzem o próprio dinamismo das relações humanas. Os conflitos impulsionam para o novo, são necessários para produzir a vida, para declarar as diferenças e para aceitar os diferentes.¹¹¹

E continua:

A substituição do paradigma bélico (resolução do conflito por meio de batalhas das quais um sairá vencedor, e outro, vencido) pelo paradigma da conciliação, por meio da trégua, faz-se necessária para que se possa levar as partes em conflito a atuar na busca da mudança, do crescimento e da evolução das relações.¹¹²

O veto do artigo 9º da Lei 12.318/10 fundamentou-se no argumento de que, como o direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, de acordo com o art. 227 da Constituição Federal, não caberia a sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.¹¹³ Porém, o parágrafo 3º do artigo vetado trazia a exigência de que o acordo decorrente da mediação fosse submetido a exame do Ministério Público e à homologação judicial, restando, portanto, injustificado o citado veto.¹¹⁴

Assim, sem se desconsiderar os notórios benefícios trazidos pela Lei, esbarra-se ainda no antigo problema de que “sem uma mudança de paradigma, continuaremos

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

¹¹⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 120.

¹¹¹ Ibidem, p. 125.

¹¹² Ibidem, p. 125.

¹¹³ BRASIL, op. cit.

¹¹⁴ ROSA, op. cit., p. 77.

a ter “reformas” que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas como efetividade do processo e realização do Direito.”¹¹⁵

Nesse sentido, Cláudia Roesler sabiamente aduz que:

A função promocional do Direito, que aponta para um horizonte a ser atingido por meio da ação estatal, muda radicalmente a própria formulação técnica normativa. Em lugar de limitar-se a uma normalização protetiva e repressiva, com atuação corretiva sobre um conflito ocorrido no passado, agora exige-se do direito que seja capaz de orientar a ação social para a consecução de fins.¹¹⁶

3.2 Crises de jurisdição

Os métodos alternativos autônomos de solução de conflitos, a exemplo da mediação, afastam-se do modelo tradicional da sobredita “normatização protetiva e repressiva”, voltando-se precipuamente para os efeitos decorrentes da autocomposição. Torna-se, portanto, indispensável à compreensão de qualquer forma alternativa de resolução de disputas que se fale a respeito da jurisdição.

De acordo Enrico Tullio Liebman, citado por Walsir Rodrigues Junior, a jurisdição é conceituada “como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”¹¹⁷

De acordo com a previsão constitucional, o Poder Judiciário é um poder do Estado que visa essencialmente aplicar as normas e princípios fundamentais previstos no ordenamento jurídico pátrio, salvaguardado e atendendo aos anseios da sociedade.¹¹⁸

É do poder estatal que emana a Jurisdição. No exercício da função jurisdicional o Estado coloca um terceiro imparcial, substituo das partes titulares dos

¹¹⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 78.

¹¹⁶ ROESLER, Cláudia R. (1998) apud Ibidem, p. 77.

¹¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio (2005) apud RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

¹¹⁸ SPLENGER; Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.) **Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]**: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 184. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

interesses envolvidos, solucionando o conflito em concreto, fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide de forma imperativa.¹¹⁹

De acordo com Ronaldo de Carvalho Dias:

A função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.¹²⁰

Analisando-se sob o aspecto formal a função jurisdicional acima descrita poderia esta ser vista como o suficiente para a solução de todo e qualquer conflito. Ocorre, contudo, que em alguns casos as decisões são de difícil, quando não impossível, aplicabilidade compulsória. As questões relativas à parentalidade são exemplos de conflitos de difícil solução em razão da continuidade das relações e da alta carga subjetiva em que estão envolvidas. Sobre o tema aduz Maria Serpa que “as disputas familiares, por definição, envolvem relacionamentos que precisam perdurar. A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz.”¹²¹

Nesse diapasão observa Conrado Rosa que:

Uma das provas de ineficiência do sistema contencioso é o ajuizamento de inúmeras e sucessivas (e talvez intermináveis) ações judiciais envolvendo a mesma entidade familiar, quando sua dissolução não tiver, como norte, meios que verdadeiramente possam terminar o conflito.¹²²

3.3 A mediação e os conflitos familiares

Diante do exposto resta incontestável o provável insucesso no alcance dos objetivos pretendidos pela Lei ora em questão em razão da inadequação dos métodos por ela previstos para a solução de conflitos relativos à prática da Alienação Parental. É inócua a previsão de que o magistrado, com toda a sobrecarga que se lhe impõe e em meio a todas as

¹¹⁹ ARAÚJO, Cintra; GRINOVER; Dinamarco apud RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 18.

¹²⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 76.

¹²¹ SERPA, Maria de Nazareth (1998) apud ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 101.

¹²² ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 101.

deficiências que acometem o sistema judiciário, possa mediante uma decisão de algumas laudas impor o saneamento de graves problemas de ordem psíquica. Vale notar a brilhante lição do eminente jurista Carreira Alvim ao ponderar que:

O direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia Santo Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é “ser uma regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes quanto nas pequenas; tanto nos ricos quanto nos pobres. Aí teremos, então, justiça. É por isso que justiça não é privilegio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela que é feita com base nos princípios da equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto.¹²³

Ainda sobre o tema preleciona Conrado Rosa:

Tendo em vista a ineficiência da intervenção do Estado na vida dos particulares e a atual crise experimentada pela jurisdição, temos como necessário o retorno do tratamento dos conflitos familiares ao realizado pela família antiga: a gestão dos conflitos pela própria entidade familiar (como diria o ditado, “o bom filho à casa torna”).¹²⁴

A ampliação dos horizontes incentivando-se os novos métodos de solução de conflitos pode ser o caminho adequado ao alcance da “verdadeira justiça”. Algumas demandas tem como plano de fundo questões de extrema subjetividade que muito dificilmente poderiam ser compreendidas pelo magistrado. Faz-se, portanto, impositiva a utilização de meios alternativos à jurisdição afim de que seja garantido o princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional.¹²⁵

“Enquanto no Poder Judiciário, a solução do conflito de interesses é imposta pelo julgador, apesar de estar assentada no ordenamento jurídico, nem sempre a saída será justa e isenta de erro.”¹²⁶

¹²³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Arbitragem e o poder judiciário: convergências e divergências. In: 1º SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO ARBITRAL. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003. p. 60.

¹²⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 78.

¹²⁵ Ibidem, p. 77.

¹²⁶ RUIZ, Ivan Aparecido (2005) apud Ibidem, p. 146.

Nesse sentido, prelecionam Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco que:

O extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela. [...] Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas as modalidades de soluções não-jurispcionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista. [...]¹²⁷

Os métodos de solução de conflitos podem ser divididos em heterônomos e autônomos. Os primeiros são assim denominados por atribuírem a um terceiro estranho a lide à solução do caso concreto. Subdivide-se o método heterônimo entre a jurisdição estatal onde o Estado-Juiz decide coercitivamente e a arbitragem, onde o árbitro designado de maneira privada imputa a solução ao caso. Os métodos autônomos por sua vez revelam a pretensão de que a solução dos conflitos se dê, não pela imposição externa de um terceiro, mas sim pelas partes.¹²⁸

Os mecanismos utilizados na obtenção da autocomposição apartam-se da lógica tradicional de uma justiça impositiva exercida pelo Estado-Juiz. Os instrumentos utilizados nos diversos mecanismos decorrem de ciências diversas, direcionadas à compreensão das emoções, da persuasão e do relacionamento humano.¹²⁹

De acordo com Alexandre Freitas Câmara não importa em violação ao Estado Democrático de Direito o uso de métodos alternativos uma vez que “se o Estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles.”¹³⁰

¹²⁷ ARAÚJO, Cintra; GRINOVER; Dinamarco apud RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 26.

¹²⁸ Ibidem, p. 45-46.

¹²⁹ CALMOM, Petrônio (2008) apud ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 128.

¹³⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Arbitragem e o poder judiciário: convergências e divergências. In: 1º SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO ARBITRAL. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003. p. 3.

Existem diversas técnicas alternativas de solução de conflitos como exemplo a conciliação, a arbitragem e a mediação. Como não caberia aqui uma análise mais detida de cada uma delas ter-se-á em foco a mediação que é entendida como a mais adequada à solução de contendas familiares.

Inicialmente, entretanto, a título de esclarecimento em razão da semelhança entre alguns conceitos deve-se observar que mediação e conciliação não se confundem. De acordo com Walsir Edson Junior:

A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão-somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos.¹³¹

O conciliador, embora não tenha o condão de decidir, pode interferir na decisão das partes de uma forma mais direta. Almejando que cheguem os litigantes a um acordo o conciliador por vezes os induz fazendo sugestões. Conclui-se, portanto, que a principal diferença entre os métodos da conciliação e da mediação reside no grau de interferência do terceiro (mediador ou conciliador) na elaboração do acordo.¹³²

O campo fértil da mediação encontra-se nos conflitos em que predominam questões emocionais, oriundas de relacionamentos interpessoais intensos. Cada história é única porque seus atores são singulares. As soluções tornam-se exclusivas aos casos específicos porque a metodologia da mediação possibilita a ampla análise dessas peculiaridades e sua consideração na formulação do acordo.¹³³ Nesse sentido, aduz Walsir Edson Rodrigues que “a mediação apresenta-se como um caminho alternativo à resolução dos litígios no âmbito familiar, no qual há a preocupação fundamental com a preservação emocional das partes.”¹³⁴

¹³¹ ARAÚJO, Cintra; GRINOVER; Dinamarco apud RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹³² *Ibidem*, p. 74-75.

¹³³ ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 147.

¹³⁴ ARAÚJO, op. cit., p. 102.

O termo mediação procede do latim *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Esses conceitos expressam o significado do vocábulo mediação que se mostra como um meio amigável e colaborativo de solução dos conflitos sendo melhor solução encontrada pelas próprias partes.¹³⁵

Ainda acerca do conceito de mediação dispõe Walsir Edson Rodrigues que:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando o estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.¹³⁶

Assim, a prática da mediação surge como espaço democrático de decisão, uma vez que o mediador situa-se em meio às partes e não localizado em posição superior. O grande desafio importa em humanizar o Direito/ Jurisdição a fim de que os conflitos sociais sejam vistos também por sua dimensão humana e não apenas jurídica permitindo-se reconhecer nas novas formas de litigiosidade as próprias formas de humanidade, que se reproduzem e se inovam também pelos conflitos sociais.¹³⁷

Por todas as razões expostas acima tem ganhado espaço o uso da mediação no âmbito dos litígios familiares, distinguindo-se da terapia e da consultoria em Direito. Trata-se de um procedimento com características peculiares em que um terceiro é colocado entre os litigantes com a finalidade de construção de um acordo que promova a comunicação futura das referidas partes, dirimindo, portanto, através do diálogo o aspecto adversarial existente. Assim, envolvidas num processo em que são esclarecidos quanto a existência do conflito e a necessidade de resolvê-lo, as pessoas tem maior possibilidade de distinguir o que se refere ao aspecto econômico, material do que diz respeito ao lado emocional, afetivo.

¹³⁵ SALES, Lília Maia de Moraes (2003) apud ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 146.

¹³⁶ ARAÚJO, Cintra; GRINOVER; Dinamarco apud RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 50.

¹³⁷ LUCAS, Douglas Cesar apud ROSA, op. cit., p. 77.

Observando a realidade por outro ângulo, afastadas da noção de que haverá um ganhador e/ou um perdedor, os familiares veem facilitado o processo de negociação.¹³⁸

Acerca dos princípios norteadores da mediação Conrado Rosa, citando Clovis Gorczewski, assevera que:

O procedimento não está sujeito às regras processuais, nem às do direito substantivo, nem aos princípios que dominam a controvérsia judicial. A autoridade final corresponde aos próprios participantes, e estes podem encontrar uma solução única que lhes traga resultados sem estarem vinculados a precedentes.¹³⁹

E continua:

Ao se utilizar esse procedimento, busca-se alinhar uma nova visão obtida de um redirecionamento de observação analítica muito mais voltada para as relações interpessoais. Essa nova visão possui como premissa básica o futuro pós-controvérsia, sem a visão mais comum do processo judicial em si, que visa, sobretudo, ao passado e, com isso, realiza um exercício muito mais aprofundado da controvérsia em si mesma, o que traz resoluções nas quais se aplica meramente, na maioria dos casos, a legislação vigente para o fato já ocorrido, sem qualquer preocupação, ou mesmo preocupação menor, com aquela própria relação em que a controvérsia foi gerada.¹⁴⁰

Ao chegarem as próprias partes a uma solução para o conflito o cumprimento do acordo independe de qualquer força executiva acabando por ser a sua observância uma consequência natural.¹⁴¹

A mediação é a forma de solucionar conflitos pensando no sentimento das pessoas. Julgar homens não pode ser uma atividade de massa, porque se sacrifica a humanização. Julgar é uma atividade artesanal, porque lida com sentimentos contrapostos. A tolerância, nesse contexto, emerge como virtude fundamental, ao fazer brotar a percepção do espaço existente entre cada um dos envolvidos na cena conflituosa, permitindo, assim, que no movimento das diferenças individuais, o mediador conduza-os pela mão ao encontro – e não de encontro – das soluções.¹⁴²

¹³⁸ ARAÚJO, Cintra; GRINOVER; Dinamarco apud RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 103.

¹³⁹ GORCZEWSKI, Clovis (2007) apud ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 154.

¹⁴⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 151.

¹⁴¹ SALES, Lília Maia de Moraes (2003) apud ROSA, Ibidem, p. 155.

¹⁴² GROSMAN, Cláudia F.; MANDELBAUM, Helena G. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. p. 11.

3.4 Justiça restaurativa

Dentre as amplas possibilidades trazidas pela mediação observa-se a sua capacidade em contribuir para uma comunidade melhor, mais humanizada e harmônica. A sociedade moderna já convive com novos valores sociais refletidos, inclusive, no Direito que volta-se cada vez mais para o ser em sua integralidade.¹⁴³

Nesse sentido abre-se o caminho para uma nova forma de solução dos problemas: a chamada justiça restaurativa cujo conceito, apesar de algumas controvérsias, tem sido definido como:

Um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que tem interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.¹⁴⁴

A justiça restaurativa abrange não apenas o Estado e o ofensor, ou seja, os que foram afetados ou que tem alguma ligação com o evento, mas também as vítimas e os membros da comunidade.¹⁴⁵

Um dos principais focos da justiça restaurativa trata-se da responsabilidade do ofensor. O processo dificilmente favorece que o ofensor tome consciência dos seus atos ou desenvolva empatia pela vítima. A separação em polos opostos impõe que o causador do dano defenda-se sendo desestimulado a reconhecer sua responsabilidade tendo, portanto, poucas possibilidades de agir de modo responsável concretamente.¹⁴⁶

Nesse sentido preleciona Howard Zehr, uma das maiores referências ao se falar em justiça restaurativa que:

A justiça restaurativa tem promovido a conscientização sobre os limites e subprodutos negativos da punição. Mais do que isto, vem sustentando que a punição não constitui real responsabilização. A verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o

¹⁴³ CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 147.

¹⁴⁴ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 49.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 24.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 27.

ofensor a compreender o impacto de seu comportamento, os danos que causou – e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que for possível.¹⁴⁷

Subjacente à Justiça Restaurativa encontra-se a visão de interconexão. Todas as pessoas encontram-se ligadas umas as outras e ao mundo em geral através de uma cadeia de relações. Quando esta cadeia é rompida todos são atingidos. Mas este valor de interconexão deve ser ponderado de acordo com as peculiaridades de cada um. “A particularidade é a riqueza da diversidade. Isto significa respeitar a individualidade e a riqueza de cada pessoa, e tratar com consideração e seriedade os contextos e situações específicos nos quais ela se insere.”¹⁴⁸

Assim, tem-se que os princípios que norteiam o conceito da justiça restaurativa adéquam-se de maneira extremamente apropriada à solução dos conflitos no âmbito familiar, especialmente aqueles que decorrem da alienação parental. O respeito à subjetividade dos envolvidos e principalmente o incentivo a mudança de postura por parte do genitor alienador são indispensáveis para que se mantenham os laços de parentalidade mesmo após a ruptura do vínculo conjugal.

¹⁴⁷ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 27.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 47.

CONCLUSÃO

Nunca houve dúvida de que o Direito enquanto ciência deveria tentar acompanhar as evoluções sociais. A norma, nesse contexto, surge como instrumento de equilíbrio social sendo a sua aplicabilidade e eficácia percebidas mediante uma ação direta do seu criador. O Estado como produtor da lei deve subsidiá-la, sob pena de tornar-se inócua.

A dificuldade de uma aplicação eficaz dos dispositivos legais que tratam sobre a Alienação Parental resulta da conjunção entre a complexidade dos conflitos em questão e a precária estrutura de que dispõem os profissionais para o auxílio dessas famílias.

Como bem observa Conrado Rosa ao citar lição de Santo Tomás de Aquino:

O direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia Santo Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é “ser uma regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes quanto nas pequenas; tanto nos ricos quanto nos pobres. Aí teremos, então, justiça. É por isso que justiça não é privilégio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela que é feita com base nos princípios da equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto.¹⁴⁹

Entretanto, pode-se tornar uma exigência descabida a pretensão de que o magistrado diante de problemas como a sobrecarga de trabalho e a falta de estrutura do judiciário tenha condições para perceber as peculiaridades de casos que envolvem questões de extrema complexidade. Para obter uma maior proximidade da realidade social e exercer de forma equidistante o seu poder jurisdicional ele necessitaria de uma infraestrutura infelizmente ainda longe de ser alcançada pelo Poder Judiciário. Tratar de questões imiscuídas no âmbito subjetivo demanda do julgador extrema cautela, impossibilitando-lhe o bom senso, apesar da expressa previsão legal, a assunção dos riscos que uma decisão desacertada pode causar.

Naturalmente, tais casos demandarão do Poder Judiciário maior atenção levando-se em conta as mudanças sociais ocorridas. Fatos como a inserção da mulher no

¹⁴⁹ AQUINO, Tomás apud ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 77.

mercado de trabalho e a descaracterização da família patriarcal implicam uma nova distribuição dos papéis na família. Ademais, o crescente número de ruptura dos laços conjugais colaborou para que as questões que envolvem a Alienação Parental ganhem cada vez maior relevância.

Apesar das tênues margens entre o acerto e o desacerto de uma decisão objetivando a proteção das vítimas de abuso emocional resta claro que o contexto judicial, a depender da disponibilidade dos membros envolvidos, pode ser um lugar facilitador dessas questões, que vão além, muito além da decisão de com quem deverá residir a criança após a separação de seus pais.

E é nesse contexto, de um judiciário que busca não só a imposição de uma solução aos conflitos, mas principalmente a concretização de uma maturidade dos cidadãos no deslinde de suas próprias questões que se acredita na mediação como saída.

Os métodos autônomos de solução de conflitos permitem que o litigante se sinta responsável pela resolução da lide aumentando não só a sua carga de responsabilidade como também a conscientização acerca da necessidade de uma mudança de postura.

É nesse sentido que se entende a mediação como o meio adequado ao tratamento dos casos de Alienação Parental, vez que a continuidade das relações exige não apenas que os pais cumpram uma eventual decisão judicial, mas principalmente que compreendam a importância de uma mudança de atitude diante dos riscos de causarem prejuízos irreparáveis a sanidade de suas crianças.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Arbitragem e o poder judiciário: convergências e divergências. In: 1º SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO ARBITRAL. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a Alienação Parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 08 jul. 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2004.

CLAUDIA F. Grosman, HELENA, G. Mandelbaum. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental**. Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,24>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

_____. **Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema!**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/669>> Acesso em: 2 jun. 2012.

_____. **Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/713>> Acesso em: 12. ago. 2012.

_____. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Por que me abandonaste?**. Minas Gerais, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/816>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família elementos críticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

GROSMAN, Claudia F.; MANDELBAUM, Helena G. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; MONACO, Gustavo F. de Campos. **Síndrome de Alienação Parental**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/589>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

_____. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KROEBER, A. L. **Anthropology today**. Chicago: University of Chicago Press, 1954.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo. Atlas, 2010.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Forum, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. 7 v.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Divórcio, poder paternal e realidade social: algumas questões. **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 11. n. 2, p. 161-172, 1997.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

SPLINGER; Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.) **Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]**: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 6 v.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.