

34742 - 70036603

ISSN 2179-1635

# Revista SÍNTESE

## DIREITO DE FAMÍLIA



Ano XIV — nº 75 — Dez-Jan 2013

CLASSIFICADA NO QUALIS NA CATEGORIA B5

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA  
Superior Tribunal de Justiça — Nº 46/2000

DIRETOR  
Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL  
Cleber Busch

COORDENADOR EDITORIAL  
Cristiano Basaglia

EDITORA  
Simone Costa Saletti Oliveira

CONSELHO EDITORIAL  
Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, José Roberto Neves Amorim,  
Priscila M. P. Correa da Fonseca, Sergio Matheus Garcez, Sergio Resende de Barros

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO  
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Andressa de Oliveira Conceição,  
César Leandro de Almeida Rabelo, Cleber Affonso Angeluci, Daiani Delajustina,  
Fernanda Oltramari, Gabriela Cruz Amato, Heidy Cristina Boaventura Siqueira,  
Ionete de Magalhães Souza, Marco Antônio Garcia de Pinho, Rafael Selonk,  
Rodrigo Santos Neves, Tiago Vieira Bomtempo

## Alienação Parental — Considerações

## A Alienação Parental Enquanto Elemento Violador dos Direitos Fundamentais e dos Princípios de Proteção à Criança e ao Adolescente

GABRIELA CRUZ AMATO

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Bolsista Proibsa/PUCRS, Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar os direitos fundamentais da criança e do adolescente à convivência familiar, à saúde (psíquica) e ao respeito, bem como os princípios de proteção à infância e adolescência, da paternidade responsável, da absoluta prioridade e do melhor interesse do menor. O reconhecimento dos menores enquanto sujeitos de direitos fundamentais só foi possível, em âmbito nacional, a partir da Constituição Federal de 1988, que incorporou em seu texto a Doutrina da Proteção Integral. Contudo, atenta-se para o fato de que a condição de titulares dos direitos fundamentais adquirida pela infância e adolescência em período tão recente está ameaçada pelo instituto da alienação parental, uma síndrome que pode se instaurar na relação familiar e se torna mais evidente a partir do rompimento afetivo do casal, no qual têm início as disputas pela guarda da prole.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; princípios de proteção à infância e adolescência; alienação parental.

**ABSTRACT:** This paper aims at analyzing the fundamental rights of the child and adolescent to family coexistence, to the health (mental) and to respect, and the principles of protection of childhood and adolescence of responsible paternity, of the absolute priority and the best interest of the child. The recognition of minors as subjects of fundamental rights was only possible at the national level, as from the Constitution of 1988, which incorporated into your text the Doctrine of the Integral Protection. However one must be attentive to the fact that the condition of holders of fundamental rights, acquiree by children and adolescents in period so recent, is threatened by the institute of parental alienation, a syndrome that may install itself in the family relationship and becomes more evident from the disruption of affectional bonds between a couple. Moment it starts to dispute over the custody of children

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; principles of protection of childhood and adolescence; parental alienation.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos fundamentais: breve análise; 2 A criança e o adolescente enquanto titulares dos direitos fundamentais; 3 Os princípios de proteção à criança e ao adolescente; 4 A alie-

nação parental enquanto elemento violador dos direitos fundamentais e dos princípios de proteção à criança e ao adolescente; Conclusão; Referências

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a alienação parental enquanto elemento violador dos direitos fundamentais e dos princípios de proteção à criança e ao adolescente. A análise se desenvolverá a partir de breves considerações acerca dos direitos fundamentais, sua conceituação e abrangência, abordando-se a opção pela denominação *direitos fundamentais* e sua distinção com relação à terminologia *direitos humanos*. Essas considerações terão por objetivo afirmar que os menores são titulares de direitos fundamentais, ao passo que tal condição só foi reconhecida à infância e adolescência a partir da mudança do paradigma da Doutrina da Situação Irregular, para a Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina da Proteção Integral está expressa no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece uma série de direitos fundamentais inerentes às crianças e adolescentes, entre os quais serão destacados os direitos fundamentais à convivência familiar, à saúde (psíquica) e ao respeito. Também por meio da Doutrina da Proteção Integral surgiram os princípios básicos de proteção aos menores, como o princípio da *paternidade responsável*, que tem como núcleo o dever de cuidado dos pais para com os filhos; os princípios da *absoluta prioridade e do melhor interesse do menor*, os quais têm por finalidade sobrepor a defesa dos interesses dos menores em relação aos interesses dos demais, visando proteger, prioritariamente, a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Se verificará, ainda que brevemente, que em âmbito internacional os direitos da criança e do adolescente vêm sendo pensados desde a Convenção de Genebra de 1924, perpassando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, culminando com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que foi de suma importância para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil. Em âmbito nacional, se analisará a importância da Constituição Federal de 1988 para a consagração dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, adotando uma postura de vanguarda, pois propiciou o reconhecimento dos menores enquanto sujeitos de direitos fundamentais, antes mesmo da aprovação, pela Assembleia-Geral da ONU, da inovadora Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Entretanto, os direitos fundamentais dos menores, em termos históricos, recentemente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, poderão estar ameaçados pelo instituto da alienação parental, que se trata de uma síndrome que pode se instaurar na relação familiar, tornando-se mais evidente a partir do rompimento afetivo entre o casal, no qual a guarda do menor passa a ser objeto

de disputa entre eles. A alienação parental envolve três sujeitos: o alienador, o genitor alienado e o menor alienado. O alienador passa a transmitir informações falsas sobre o genitor alienado, fazendo com que o menor alienado passe a repudiá-lo. Os maiores prejudicados nessa relação certamente serão a criança e o adolescente, em virtude de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Com isso, se verificará que a alienação parental poderá violar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, principalmente os direitos à convivência familiar, à sua saúde (psíquica), bem como, ainda, o direito ao respeito. Poderá violar também os princípios de proteção à infância e adolescência, como a paternidade responsável, a absoluta prioridade e o melhor interesse do menor.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE

Desde a Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, os direitos fundamentais vêm adquirindo um significado e importância cada vez maior<sup>1</sup>. Isso se verifica pela incorporação de direitos fundamentais às constituições contemporâneas<sup>2</sup>, tais como a de Portugal, Espanha, Brasil, entre outras. Nas democracias ocidentais, embora as formas de garantir os direitos fundamentais possam ser diferentes, existe certa conformidade em relação ao seu conteúdo e interpretação<sup>3</sup>.

Neste norte, para Hesse, “os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana”. Entretanto, reforça que “a liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa”, isto é, a liberdade referida pelo autor é aquela que pressupõe seres humanos livres para determinar suas próprias escolhas. Hesse ainda afirma que os direitos fundamentais possuem um duplo caráter de significação, ou seja, “garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal”<sup>4</sup>. Nessa mesma linha de pensamento, Dimoulis e Martins afirmam que os direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas)” frente ao Estado, “tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”<sup>5</sup>.

Ao afirmar que as normas de direitos fundamentais possuem um conteúdo distinto, Nipperdey conduz à ideia de que o real significado dos direitos fundamentais só poderá ser identificado à luz do caso concreto. Refere que direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos do particular perante o Estado”; contudo, ressalta que as determinações dispostas no “catálogo de direitos fundamentais” não contêm apenas direitos do particular frente ao Estado, “mas garantem, além disso e simultaneamente, a instalação jurídica como tal, protegida legal-fundamentalmente diante de intervenções estatais concretas, como casamento e família[...]”. Essas garantias “atuam contra prejuízos do particular pelo Estado”; entretanto, protegem na medida em que os particulares respeitam tais garantias<sup>6</sup>.

Para Alexy, as normas de direitos fundamentais de um sistema jurídico são compostas por dois fatores: a sua *fundamentalidade formal* e sua *fundamentalidade substancial*. Em breve síntese, a *fundamentalidade formal* de uma norma de direito fundamental “decorre do ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”; bem como a *fundamentalidade substancial* dos direitos fundamentais – que se soma à *fundamentalidade formal* – diz com as “decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. O autor considera que com a união de ambas as teses, da *fundamentalidade formal* e da *fundamentalidade substancial*, pode-se afirmar que “as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico”<sup>7</sup>.

Os direitos fundamentais são considerados “elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”<sup>8</sup>. Para Canotilho, “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”. Entretanto, ressalta o autor que não se trata de qualquer positivação, mas especificamente de uma positivação que lhes ofereça *status* de direitos fundamentais; portanto, só poderia ser em âmbito constitucional. Refere, ainda, que sem essa positivação “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”<sup>9</sup>.

1 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

2 Importa esclarecer que a expressão *direitos fundamentais* se aplica para os direitos humanos reconhecidos e positivados no ordenamento constitucional de determinado Estado. Essa terminologia vai ao encontro do entendimento de Sarlet, Canotilho, Pérez Luño, entre outros. Pode-se dizer que esses autores diferenciam *direitos humanos* de *direitos fundamentais* pelo critério da “concreção positiva”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29-31.

3 HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 25-26.

4 *Idem*, p. 33-34.

5 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

6 NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 57-59.

7 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 520-523.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 60.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais “não ‘dissolve’ nem ‘consome’ quer o momento de ‘jusnaturalização’ quer as raízes fundamentais dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)”<sup>10</sup>. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 abrange um extenso rol de direitos fundamentais, em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais); entretanto, vale dizer que este rol não é taxativo, podendo-se verificar outras normas de direitos fundamentais esparsas pelo Texto Constitucional<sup>11</sup>.

Feitas essas colocações, importante analisar, ainda que brevemente, a questão da titularidade dos direitos fundamentais. Na esteira de Sarlet, inicialmente, deve-se distinguir as expressões *titular* e *destinatário* de direitos fundamentais, ressaltando que tais expressões não devem ser utilizadas como sinônimas. Nesse sentido, refere que:

Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física ou jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito<sup>12</sup>.

Vale mencionar, ainda em conformidade com Sarlet, que o direito constitucional positivo recepcionou o princípio da universalidade, o que se depreende sem maiores dificuldades a partir de uma interpretação sistemática<sup>13</sup>. Assim, “de acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos fundamentais”. Canotilho, discorrendo sobre o princípio da universalidade, assevera que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”<sup>14</sup>.

Há que se registrar a polêmica controversa que persiste no que tange à diferença entre “a titularidade de direitos fundamentais e a capacidade jurídica regulada pelo Código Civil, sendo a titularidade, para alguns efeitos, seguramente mais ampla que a capacidade jurídica”. No âmbito do direito constitucional, a distinção entre capacidade de gozo e capacidade de exercício vem sendo superada, pois a primeira tem sido identificada com a titularidade. Citando Jorge Miranda, Sarlet afirma que “a titularidade de um direito (portanto a condição de sujeito de direitos fundamentais) abrange sempre a correspondente capaci-

10 Idem. p. 378.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 64-65.

12 Idem. p. 208.

13 “Avista-se no conjunto de princípios a imposição de uma ordem hierárquica, vale dizer, a prevalência de uns sobre outros. Esta ordem hierárquica é o grande norte da hermenêutica, impondo-se que – em nome do respeito a ela – determinados princípios venham, preponderantemente, a reger o ordenamento jurídico, como no caso dos princípios constitucionais fundamentais.” Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 190.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 416.

dade de exercício”, concluindo que a determinação da titularidade dos direitos fundamentais deve ser analisada à luz do conteúdo de cada norma de direito fundamental, bem como, do caso concreto<sup>15</sup>. Canotilho apresenta a seguinte solução para a diferença entre titularidade e capacidade de direitos, para o caso dos menores:

[...] é possível indicar a “mensagem” geral da constituição quanto aos direitos fundamentais de menores: os menores têm em regra (*prima facie*) os mesmos direitos dos adultos, admitindo-se exceções (sobretudo quanto ao exercício) quando da *natureza do direito em causa* se possa extrair metódico-interpretativamente a legitimidade de restrições nos termos do regime específico dos direitos, liberdades e garantias<sup>16</sup>.

## 2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE ENQUANTO TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essas considerações preliminares têm por objetivo afirmar que a criança e o adolescente são titulares de direitos fundamentais. Para Dimoulis, a titularidade de tais direitos alcança os menores, pois “vale a regra que o exercício dos direitos deve ser amplamente reconhecido e, na medida em que a maturação biológica o permite, as crianças devem ser ouvidas, e seus direitos, respeitados”<sup>17</sup>. O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – em conformidade com o que dispõe o art. 227 da Constituição Federal – “preceitua que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral”, conferindo à criança e ao adolescente *status* de sujeitos de direitos fundamentais<sup>18</sup>.

Para Fachinetto, reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de plenos direitos só é possível a partir da consolidação de um novo paradigma, substituindo a antiga *Doutrina da Situação Irregular* pela inovadora *Doutrina da Proteção Integral*, a qual “parte do pressuposto [...] de que todos os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser reconhecidos e se constituem em direitos especiais e específicos pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento”<sup>19</sup>. Sobre essa mudança de paradigma em relação à proteção do menor, refere Elias que a doutrina que predomina no Estatuto da Criança e do Adolescente é a da proteção integral – conforme dispõe o art. 1º do referido Estatuto –, “ao contrário do Código de Menores, que somente era aplicado nos casos em que o menor se encontrava em situação irregular”. Não bastava ape-

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 208-209.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 425.

17 DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 84.

18 ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

19 FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária*: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52-53.

nas ser o indivíduo menor de idade, era necessário verificar a situação em que se encontrava, em que pese não houvesse uma definição específica sobre o que seria situação irregular<sup>20</sup>. De qualquer sorte, não se tratava de um reconhecimento de direitos aos menores.

Vale referir que, em âmbito internacional, a preocupação com a proteção dos menores já vem de longa data. A Convenção de Genebra de 1924 já afirmava a necessidade de proclamar uma proteção especial destinada à infância<sup>21</sup>. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também teve importante papel, explicitando que “a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais”, além de garantir que “todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”<sup>22</sup>. Em 1959, a Assembleia-Geral da ONU adotou a Declaração dos Direitos da Criança, que tratou dos dez princípios gerais de proteção à infância<sup>23</sup>. Mas o marco internacional no desenvolvimento da regulamentação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente se deu em 1989, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, que se preocupou em descrever minuciosamente as diretrizes a serem seguidas pelos Estados-membros no desenvolvimento da legislação interna de proteção à infância<sup>24</sup>. Convém mencionar que a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1989 foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990<sup>25</sup>.

Em que pese a importância destes documentos internacionais de proteção aos menores, “não há como deixar de ressaltar a postura de vanguarda do Brasil, ao assumir, em 1988, o compromisso com a Doutrina da Proteção Integral”, antecipando-se à aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi de suma importância para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990<sup>26</sup>. Sendo assim, a Doutrina da Proteção Integral está descrita no art. 227 da Constituição Federal de 1988, o qual assegura, enquanto dever da família, da sociedade e do Estado, a prioridade absoluta aos interesses da criança e do adolescente.

20 ELIAS, Roberto João. Op. cit. p. 1

21 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver* 2. ed. rev., atual e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 302

22 Conforme dispõe o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/portal/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 1º abr 2012

23 Declaração dos Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 1º abr 2012

24 Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)>. Acesso em: 1º abr 2012

25 Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 1º abr 2012

26 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) Op. cit. p. 307

Afirma Elias que “em suma, pode-se definir a proteção integral como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento da sua personalidade”<sup>27</sup>. A família e o Estado têm esse dever de proteção integral do menor de forma conjunta<sup>28</sup>, sendo que a entidade familiar responsabiliza-se pelos cuidados primeiros e diretos, tendo em vista sua condição de maior proximidade, ao passo que o Estado deve possibilitar que a família exerça estes cuidados por meio da implementação de políticas públicas.

No capítulo que se refere à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, a Constituição Federal faz menção a diversos direitos fundamentais destinados à criança e ao adolescente – e ao jovem<sup>29</sup> –, especialmente no *caput* do art. 227. Entre esses direitos fundamentais que têm por titulares a criança/adolescente – e agora também o jovem<sup>30</sup> –, podem ser destacados os *direitos fundamentais à convivência familiar, à saúde* (aqui analisada em sua dimensão psíquica) e ao *respeito*, por se entender que esses são os direitos fundamentais com maior potencial de violação perante a alienação parental.

A convivência familiar é, portanto, um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal com absoluta prioridade à criança e ao adolescente, por se compreender que a família é a matriz da sociedade e nela o indivíduo desenvolve suas primeiras experiências interpessoais<sup>31</sup>. Entretanto, há que se mencionar que a família contemporânea está consubstanciada em novos elementos. Atualmente, os relacionamentos são mais simples e sua duração pode ser mensurada pelo afeto. O direito de conviver em família, refere Fachinetto, “faz parte de exclusivo rol de direitos fundamentais alcançáveis somente ao público infanto-juvenil”<sup>32</sup>. Nesse contexto, afirma o autor que conferir esse direito fundamental à criança e ao adolescente é como colocá-los em situação de igualdade em relação aos adultos, ao passo que nessa relação o menor representa a parte mais frágil.

O direito fundamental à saúde (psíquica) está diretamente relacionado ao direito fundamental à convivência familiar, pois uma convivência familiar saudável assegura um melhor desenvolvimento psíquico do menor, bem como de suas capacidades e habilidades futuras<sup>33</sup>. Sarlet afirma que “não restam dú-

27 ELIAS, Roberto João. Op. cit. p. 2

28 PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 542

29 De acordo com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

30 De acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

31 FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit. p. 57-58

32 Idem, p. 62

33 Para Honneth, “toda relação amorosa, seja aquela entre pais e filho, a amizade ou o contato íntimo, está ligada, por isso, à condição de simpatia e atração, o que não está à disposição do indivíduo; como os sentimentos positivos para com outros seres humanos são sensações involuntárias, ela não se aplica indiferentemente a

vidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa<sup>34</sup>. Para Pereira, “a estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais”. E conclui o autor que os direitos da criança e do adolescente não podem ser considerados apenas como um “conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender o melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar”<sup>35</sup>.

Os menores possuem direito fundamental ao respeito em razão de sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”<sup>36</sup>. Tal direito decorre diretamente da Doutrina da Proteção Integral, a qual propiciou a mudança de posicionamento da criança e do adolescente frente ao Estado, tendo passado de objeto da tutela Estatal, a sujeito de direitos fundamentais. Vale dizer, passaram a ter reconhecida a sua condição de titulares dos direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos com absoluta prioridade<sup>37</sup>. O direito ao respeito impõe a preservação da “integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente”. No que tange à integridade psíquica dos menores, ressalta-se que sua preservação “reveste-se de importância vital para o desenvolvimento emocional adequado, necessário a todo indivíduo”<sup>38</sup>.

### 3 OS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Constituição Federal também estabelece princípios<sup>39</sup>, reconhecidos, por Alexy, como “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”, e ainda “pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas

um número maior de parceiros de interação, para além do círculo social das relações primárias. Contudo, embora seja inerente ao amor um elemento necessário de particularismo moral. Hegel faz bem em supor nele o cerne estrutural de toda eticidade: só aquela ligação simbioticamente alimentada, que surge da delimitação reciprocamente querida, cria a medida de autoconfiança individual, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública” (grifo nosso) Cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003. p. 178.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 105.

35 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

36 FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit., p. 52-53.

37 Idem, p. 53.

38 ELIAS, Roberto João. Op. cit., p. 18.

39 Alexy refere que as normas de direito fundamental distinguem-se entre princípios e regras. Define que “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90-91.

também das possibilidades jurídicas”<sup>40</sup>. Para Canotilho, “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”<sup>41</sup>. Daí decorre a necessidade de se analisar os *princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança/adolescente*.

A dignidade humana é inerente ao ser<sup>42</sup>. À luz do pensamento Kantiano, Sarlet considera que a dignidade “é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”<sup>43</sup>. Sarlet ainda afirma que “a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e na sua relação com os direitos e deveres fundamentais [...] possui uma dupla dimensão (jurídica) objetiva e subjetiva”<sup>44</sup>. Assim, esclarece o autor:

Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto – no que comunga das características das normas-princípio em geral – como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta [...].<sup>45</sup>

Com a constitucionalização do princípio em análise, ficou expressa a escolha Estatal de proteção à pessoa, com enfoque na tutela da personalidade dos componentes da família<sup>46</sup>, já que a própria Constituição Federal considera que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado<sup>47</sup>. Dessa forma, visualiza-se essa preocupação especial com a pessoa – criança/adolescente –, quando a Constituição garante prioridade absoluta aos direitos da criança e

40 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1161.

42 Todo o ser humano tem direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas. Mas exatamente porque ele não pode ceder a si mesmo por preço algum (o que entraria em conflito com o seu dever de auto-estima), tampouco pode agir em oposição à igualmente necessária auto-estima dos outros, como seres humanos, isto é, ele se encontra na obrigação de reconhecer, de um modo prático, a dignidade da humanidade em todo outro ser humano. Por conseguinte, cabe-lhe um dever relativo ao respeito que deve ser demonstrado a todo outro ser humano (grifo nosso) Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 306.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 52.

44 Idem, p. 86.

45 Idem, p. 87.

46 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leonardo dos Santos. A função social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 158, dez./jan. 2007.

47 Conforme dispõe o art. 226, caput, da Constituição Federal.

do adolescente tendo por finalidade garantir o pleno desenvolvimento humano com base em sua dignidade.

A paternidade responsável trata-se de um princípio que possui certo caráter político e social<sup>48</sup>, na medida em que impõe aos pais um dever de responsabilidade para com a prole. Pode-se dizer que o princípio em análise constitui “um desdobramento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade e da afetividade”. Contudo, é um princípio que mefece autonomia, pois paternidade e maternidade possuem um valor fundamental na vida da pessoa, principalmente quando se encontra em fase de desenvolvimento, como é o caso da criança e do adolescente.

Barboza sustenta que a expressão *paternidade responsável* deveria ser substituída por *parentalidade responsável*, haja vista que o termo *paternidade* “denota a condição ou qualidade de pai ou a relação de parentesco que vincula o pai a seus filhos”, ao passo que a palavra *parentalidade* expressa “todo o alcance do dispositivo constitucional, que se destina aos pais, ou seja, ao homem e à mulher ou ao casal que, no exercício de sua autonomia reprodutiva, promove um projeto parental”<sup>49</sup>. O princípio da paternidade responsável – ou parentalidade responsável – pode ser traduzido como um *dever de cuidado*<sup>50</sup> dos pais para com os filhos.

O cuidado é “reconhecido como valor implícito do ordenamento jurídico”, haja vista que “vincula as relações de afeto, de solidariedade e de responsabilidade”. O cuidado possui ainda um “importante papel na interpretação e aplicação das normas jurídicas”, pois “conduz a compromissos efetivos e ao envolvimento necessário com o outro, como norma ética da convivência”<sup>51</sup>. Reconhecido enquanto “valor jurídico”, e “considerado em sua dimensão de alteridade, reciprocidade e complementariedade”, o cuidado exalta a “grandeza do conteúdo da paternidade responsável e permite explicitar todos os deveres dos pais”<sup>52</sup>.

No que tange ao princípio da absoluta prioridade, Pereira Júnior refere que se trata de um princípio constitucional, “que impõe à coletividade – entidades públicas, privadas e cidadãos – o dever inafastável – absoluto – de cuidar com atenção prioritária das necessidades da criança e do adolescente”, devido

48 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 243.

49 BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 93-94.

50 “O ser humano precisa revelar sua essência como criatura nascida do cuidado e que apresenta, como necessidade básica, a busca de um relacionamento pautado no cuidado recíproco.” Cf. ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Alimentos transitórios sob a perspectiva do cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 71.

51 BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) Op. cit., p. 88.

52 Idem, p. 90.

à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento<sup>53</sup>. Para Liberati, por prioridade absoluta, deve-se entender que “a criança e o adolescente deverão estar sempre em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes”; deve-se entender que “primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes”, por representarem o maior patrimônio de uma nação<sup>54</sup>.

Aduz Pereira sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que este assenta suas bases “na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, por meio da qual ela despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade”<sup>55</sup>. Sobre o teor deste princípio, refere o autor que efetivamente só se pode dizer o que é o melhor para o menor a partir do caso concreto, isto é, “naquela situação real, com determinados contornos predefinidos”<sup>56</sup>. Para Azambuja, o princípio do melhor interesse da criança “não se trata de conceito fechado, definido e acabado” e se relaciona diretamente com a dignidade da pessoa humana, pois “não há como pensar em dignidade humana sem considerar as vulnerabilidades humanas, passando à ordem constitucional a dar precedência aos direitos e às prerrogativas” de grupos que se apresentam efetivamente mais frágeis, como é o caso dos menores. A autora ainda afirma que a condição de vulnerabilidade é inerente à infância e adolescência; portanto, encontram-se em situação desfavorável em relação aos adultos, por isso, justifica-se uma “aparente quebra do princípio da igualdade”, de modo que se estabeleça “um sistema especial de proteção, por parte do ordenamento jurídico” a fim de que prevaleça o melhor interesse da criança, em detrimento do interesse dos adultos<sup>57</sup>.

#### 4 A ALIENAÇÃO PARENTAL ENQUANTO ELEMENTO VIOLADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Entretanto, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais destinados à criança e ao adolescente podem estar ameaçados e, até mesmo, podem ser violados no âmbito da própria família. O problema se destaca no momento em que o afeto se esvanece e os casais optam pelo fim da união. É nesse contexto que surgem os maiores conflitos, principalmente quando subsiste a prole, pois, além de separações serem sempre dolorosas, haverá que se discutir a questão da guarda. Quando surge a necessidade de determinar quem será o

53 PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

54 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18-19.

55 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 148.

56 Idem, p. 150.

57 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) Op. cit., p. 305-306.

guardião dos filhos frutos da relação rompida, em certas circunstâncias, poderá ter início a denominada *alienação parental*.

A *alienação parental* consiste no ato de alienar o filho do contato com o outro genitor, de maneira injustificada, implantando informações falsas sobre o genitor alienado na mente do menor, fazendo com que este acredite que sejam verdadeiras, afetando, necessariamente, a convivência familiar. A Síndrome da Alienação Parental foi assim denominada por Gardner, em meados dos anos 1980, e, após alguns reparos, é hoje definida como “um transtorno psicológico”<sup>58</sup> que envolve o alienador, o genitor alienado e a prole, sujeitos da alienação.

A SAP, Síndrome da Alienação Parental, “foi descrita por Gardner como sendo um distúrbio infantil, que surge principalmente em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos”<sup>59</sup>. Alguns autores, como Silva e Resende, entendem que este “transtorno” não tem origem exatamente no momento da separação do casal. Na verdade, “são comportamentos que remetem a uma estrutura psíquica já constituída, manifestando-se de uma forma patológica quando algo sai do controle”<sup>60</sup>. Verifica-se que o transtorno já existe, porém, manifesta-se apenas quando desencadeado o rompimento. Não se trata de um problema novo, mas se tornou mais evidente nos dias atuais, pois as disputas de guarda vêm adquirindo, aos poucos, algum equilíbrio, quebrando-se a regra da primazia da guarda materna.

A SAP acaba se tornando “uma forma de maltrato ou abuso” que pode acarretar consequências negativas para todos os envolvidos pela síndrome, mas é na criança e no adolescente que recai a sequele mais profunda, gerando no menor uma confusão sobre o que efetivamente representam as figuras *paterna* e *materna* em sua vida<sup>61</sup>, podendo, ainda, repetir tais condutas com sua prole futura. Varia de acordo com a idade a medida de assimilação da ocorrência da alienação; porém, identificada a síndrome, o alienador e a prole, vítimas da alienação, juntamente com o genitor alienado, devem ser submetidos à intervenção terapêutica com a devida cautela para que os danos não se alastrem<sup>62</sup>.

Para coibir a ameaça ou violação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais destinados à criança e ao adolescente, foi criada a Lei da Aliena-

58 TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22.

59 SOUSA, Analicia Martins de. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 99.

60 SILVA, Evandro Luiz; RESENDE, Mário. SAP: a exclusão de um terceiro. In: ASSOCIAÇÃO de Pais e Mães Separados – Apase (Org.) *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 26.

61 TRINDADE, Jorge. Op. cit. p. 22-25.

62 Idem, p. 26.

ção Parental (Lei nº 12.318/2010), com o objetivo de permitir que o menor não sofra restrições ao contato com sua família, essencial para o desenvolvimento de sua personalidade e a preservação de sua saúde psíquica. A atitude de alienar a prole da convivência com o outro genitor, conforme refere o art. 2º da Lei nº 12.318/2010, poderá ter como sujeitos alienadores: o pai, a mãe, os avós ou aqueles que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, por meio da tutela ou guarda. Nesse sentido, preleciona Dias que:

[...] a finalidade é uma só: levar o filho a afastar-se de quem o ama. Tal gera contradição de sentimentos e, muitas vezes, a destruição do vínculo afetivo. A criança acaba aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. Identifica-se com o genitor patológico e torna-se órfã do genitor alienado, que passa a ser um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. O alienador, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total.<sup>63</sup>

Pode-se dizer que a Lei de Alienação Parental tem por finalidade principal garantir a proteção integral destinada à criança e ao adolescente, permitindo o exercício da paternidade responsável e exaltando o direito fundamental à convivência familiar. Vale referir que a responsabilidade parental subsiste após a separação do casal, de tal sorte que a paternidade responsável deverá permanecer sob os cuidados de ambos, sendo atribuído ao Estado o dever de propiciar aos pais condições suficientes para o cumprimento desta obrigação<sup>64</sup>. A recente lei, ao reafirmar essas garantias constitucionais, determinou, em seu art. 3º, que a prática de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar *saudável*, constituindo tal prática abuso moral contra a criança e o adolescente.

Importante salientar que a Lei de Alienação Parental operou uma espécie de refinamento do direito fundamental à convivência familiar, considerando que esta deverá se realizar de forma *saudável*. Vale mencionar, tomando-se por base o princípio do melhor interesse da criança, que a convivência familiar não consiste em uma forma de obrigar os filhos a conviver com os pais (*núcleo familiar primário*) e demais familiares (*núcleo familiar secundário*)<sup>65</sup>, mas sim a lei encontrou um modo de permitir que esta convivência se desenvolva de

63 DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 16.

64 ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Coord.) *Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35-37.

65 Optou-se pelas expressões *núcleo familiar primário* e *secundário* por parecer mais fidedigna com o sentido a que se destina, quer seja indicar os pais como o núcleo primeiro das relações da infância e adolescência, bem como avós, tios, primos, etc., como o segundo núcleo no qual se desenvolvem as relações familiares. Cabe referir que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), em seu art. 25, utiliza as expressões *família natural* e *família extensa ou ampliada*, diversamente dos termos adotados para esta exposição.

forma saudável e, até mesmo, natural, ou então, que seja reduzida e, em última hipótese, afastada<sup>66</sup>.

Iencarelli considera que “o processo de desenvolvimento de uma criança segue etapas sucessivas e simultâneas, onde, com um certo equilíbrio, tudo e todos os aspectos têm sua importância”. Faz parte do dever de responsabilidade dos pais servir de “filtro do mundo” para seus filhos. “Filtrar os estímulos externos, compatibilizando-os com as capacidades da criança, permite que ela se ocupe com seus estímulos internos e se desenvolva de maneira harmônica”. A *convivência familiar saudável* implica em uma preocupação dos pais com o *desenvolvimento saudável do menor*, de modo que “na precariedade ou ausência de condições básicas de estimulação, de filtragem, e de segurança afetiva, esse desenvolvimento não se completa, deixando lacunas, deficiência, ou até obstruções e deformações”<sup>67</sup>.

Sendo assim, para garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e a observância dos princípios, enquanto mandados de otimização, destinados à proteção da criança e do adolescente, deve-se interpretar a referida Lei da Alienação Parental, em conformidade com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, vale dizer, a partir de uma interpretação sistemática. O sistema jurídico deve ser visto como um todo<sup>68</sup>, abrangendo as ideias de unidade, totalidade e complexidade<sup>69</sup>. Esse sistema é composto, notadamente, por princípios que regem a totalidade desse corpo normativo, conferindo-lhe vida<sup>70</sup>.

Ao seguir esse entendimento, com o intuito de alcançar a melhor interpretação possível, se verifica que o meio mais adequado para operar a *proteção integral*, com a absoluta prioridade constitucionalmente destinada à criança e ao adolescente, é analisar sistematicamente o ordenamento jurídico, respeitando a condição do menor, de titular de direitos fundamentais, bem como considerando os princípios enquanto *mandamentos de otimização* que devem reger as relações jurídicas. Aos pais – enquanto detentores do poder familiar – cumpre o dever de *cuidado* para com os filhos, no sentido de reunir atos e compor-

66 Conforme os arts 6º e 7º da Lei nº 12 318/2010.

67 IENCARELLI, Ana Maria Brayner Cuidado, responsabilidade e alienação parental: benefícios e prejuízos. Interfaces com o desenvolvimento saudável e com a patologia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Cuidado e responsabilidade* São Paulo: Atlas, 2011. p. 20-21

68 Para melhor atender a necessidade de uma interpretação sistemática, envolvendo a Lei de Alienação Parental e o sistema jurídico como um todo, necessário se faz considerar a doutrina de Freitas, que conceitua o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. Cf FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 54

69 BONAVIDES, Paulo *Curso de direito constitucional* São Paulo: Malheiros, 2004 p. 130

70 Idem, ibidem

tamentos afetivos<sup>71</sup>, que contribuam para o desenvolvimento *físico e psíquico* da criança e do adolescente. Entretanto, quando o menor vier a sofrer ameaça ou violação de seus direitos, no âmbito da própria família, o Estado possuirá legitimidade para intervir nessa relação, com base no art. 227 da Constituição Federal.

A alienação parental se apresenta como um elemento de violação aos direitos fundamentais e princípios de proteção à criança e ao adolescente, na medida em que rompe completamente com o dever de cuidado, vale dizer, a alienação parental é exatamente o elemento de oposição direta ao dever de cuidado, pois a própria família, incumbida do dever constitucional de cuidar e proteger a criança e o adolescente, exerce contra estes um abuso moral, gerando danos psíquicos na formação destes, na qualidade de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. A alienação parental gera na criança uma sensação de perda (morte) do genitor alienado. A *morte em vida* pode ser ainda pior do que a morte real, porque é uma *morte inventada*<sup>72</sup>.

## CONCLUSÃO

Ante a análise exposta, conclui-se que a alienação parental se trata de elemento violador aos direitos fundamentais e princípios de proteção à criança e ao adolescente, conquistados a tanto custo e difundidos no Brasil a partir da Doutrina da Proteção Integral, consagrada pela Constituição Federal de 1988. Foi a partir de então que os menores deixaram de ser vistos como meros objetos da tutela estatal e passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos. Desse novo paradigma da proteção integral decorrem: a titularidade dos direitos fundamentais destinados aos menores, bem como também os princípios de proteção à criança e ao adolescente, que, conforme visto, foram constitucionalmente assegurados, antes mesmo da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que é o mais importante documento internacional de proteção à infância.

Tais conquistas são fortemente ameaçadas pela própria família por meio da alienação parental, que se instaura no âmbito familiar por meio de uma síndrome, na qual o alienador implanta informações falsas sobre o genitor alienado, fazendo com que o menor alienado passe a repudiá-lo. Ocorre que isso gerará uma série de transtornos para a criança, pois a obriga a se posicionar a favor de um dos pais, e, por derradeiro, contra o outro, em uma disputa em que ela própria é o objeto.

71 LOPES, Jaqueline Ferreira O “melhor interesse da criança” e o “cuidado” na interface psicologia e direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Cuidado e responsabilidade* São Paulo: Atlas, 2011. p. 125

72 Vide documentário *A morte inventada* Produção cinematográfica

A alienação parental viola o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, pois impede que o menor conviva com o genitor alienado e, conseqüentemente, com a família deste. A falta desse convívio, que é impedido pelo alienador, poderá acarretar danos psicológicos ao menor, violando também o seu direito fundamental à saúde (psíquica), já que para uma criança se desenvolver de forma saudável ela necessita reconhecer nos pais sentimentos de amor, carinho e afeto recíprocos. A inobservância desses direitos viola frontalmente o direito fundamental ao respeito, que é inerente a todo o ser humano, mas que deve ser especialmente observado em relação aos menores, haja vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A alienação parental fere o princípio da paternidade responsável, na medida em que tal instituto impede que ambos os pais não exerçam seu dever de cuidado para com os filhos. Quando o alienador é um dos genitores, este não cuida porque está preocupado em fazer com que o menor odeie o genitor alienado. O genitor alienado não exerce seu dever de cuidado porque é impedido pelo alienador. Nessas circunstâncias, restam violados também os princípios da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança, tendo em conta que, instaurada a Síndrome da Alienação Parental, os conflitos dos pais preponderaram sobre os interesses dos filhos, não sendo mais prioridade o que é melhor para estes.

Espera-se que a Lei da Alienação Parental atinja o objetivo de resguardar os direitos fundamentais e os princípios de proteção à infância e à adolescência diante de uma situação de alienação parental, permitindo que os pais exerçam os devidos cuidados para com seus filhos, respeitando seu melhor interesse, atendendo-os com absoluta prioridade, garantindo-se assim o pleno desenvolvimento da prole, que só será possível em meio a uma convivência familiar saudável.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Alimentos transitórios sob a perspectiva do cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leonardo dos Santos. A função social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.
- IENCARELLI, Ana Maria Brayner. Cuidado, responsabilidade e alienação parental: benefícios e prejuízos. Interfaces com o desenvolvimento saudável e com a patologia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LOPES, Jaqueline Ferreira. O "melhor interesse da criança" e o "cuidado" na interface psicologia e direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares — Uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Coord.). *Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Evandro Luiz; RESENDE, Mário. SAP: a exclusão de um terceiro. In: ASSOCIAÇÃO de Pais e Mães Separados — Apase (Org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

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

TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

## Considerações Acerca da Alienação Parental: para um Novo Olhar das Relações de Família

**CLEBER AFFONSO ANGELUCI**

Especialista em Direito Empresarial, Mestre em Direito pela Fundação Eurípides Soares da Rocha — Marília/SP, Doutorando em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor de Direito Privado da UFMT — Universidade Federal de Mato Grosso. Ex-Coordenador do Curso de Direito da UFMT — Campus Barra do Garças/MT. Pesquisador do Grupo de Pesquisas em Direito Processual Civil da UnB (GEPRO/UnB). Líder do Grupo de Pesquisa O Direito de Família Contemporâneo, Membro do IBDofam

**DAIANI DELAJUSTINA**

Graduanda do 5º Semestre. Participante do Grupo de Pesquisa O Direito de Família Contemporâneo do Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Araguaia, da Universidade Federal de Mato Grosso — DIR/UA/ICHS/UFMT

**RESUMO:** O presente estudo faz uma análise acerca do conceito da alienação parental e seus efeitos e consequências para os envolvidos na disputa da guarda, principalmente, para o filho. Demonstra comentários pertinentes à Lei nº 12.318/2010 abordando como identificar a alienação, os seus estágios, a participação de psicólogos e assistentes sociais para “diagnosticar” esse tipo de conduta e as medidas necessárias à disposição dos agentes de direito quando se depararem com esse tipo de situação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação parental; criança e adolescente; Lei nº 12.318/2010.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Para um conceito de família; 2 Origem da alienação parental; 3 Esboço de alienação parental; 4 Efeitos e consequências da alienação parental; 5 Identificação da alienação parental; 6 Estágios da alienação; 7 A participação de psicólogos e assistentes sociais no diagnóstico da alienação parental; 8 Medidas judiciais possíveis; 9 Atribuição ou alteração da guarda; Considerações finais; Referências.

### INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar conceito sobre a alienação parental, seus efeitos e consequências para os genitores envolvidos na disputa da guarda e para o filho. O trabalho, num primeiro momento, demonstra explanações sobre a evolução do conceito e da formação da família. Na sequên-