

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 5

JANEIRO/MARÇO 2018

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 15 • jan.-mar. / 2018

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA
ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
WWW.ADFAS.ORG.BR

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 15 • jan.-mar. / 2018

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 15 • jan.-mar. / 2018

Coordenação

CARLOS ÁLBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI
DUÍLIO SILVA SANTANA DE ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: contato@adfas.org.br

e-mail para submissão de originais

rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site

www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [13.11.2018]

APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

PRESENTACIÓN

“RDFAS” Revista de Derecho de Familia y de Sucesiones, es un órgano de difusión científica y cultural de “ADFAS “Asociación de Derecho de Família y de Sucessões.

“ADFAS” tiene como propósito de estudiar y difundir el Derecho de Familia y de las Sucesiones, así como las disciplinas correlativas, jurídicas y no jurídicas, y restaurar el estudio dogmático de esas ramas del Derecho, considerando que la familia, como base de la sociedad es núcleo esencial de la tutela de los derechos de la personalidad, necesita de protección, en razón del desprestigio causado por interpretaciones dissonantes de las ansias sociales que dan orden constitucional e infraconstitucional, y que es el centro natural de creación y educación de los niños y adolescentes, así como de los cuidados de los ancianos.

El Derecho de Família y de las Sucesiones envuelve el interés social y no es limitado a los intereses individuales.

No obstante, RDFAS fué concebida como un vehículo destinado al diálogo entre los operadores del derecho de las mas variadas vertientes, de modo que se encuentra abierta a la participación de todas las corrientes de pensamientos, sin perder jamas de vista el ordenamiento y la supremacia de la seguridad jurídica.

Cada uno de los autores se posiciona libremente sobre temas actuales y polémicos, de modo que los artículos no reflejen pensamiento unívoco, en razón de la divergencia de opiniones y también porque desarrollan de forma independiente, corrientes que representan novedades en el escenario, jurídico, doctrinario y jurisprudencial.

Así, RDFAS tiene como propósito de anotar las ideas, pensamientos y los debates que surgen en el seno del Derecho de Família y de las Sucesiones y en desenvolver un espacio de meditación sobre sus reflexiones en la actividad de los magistrados, promotores, procuradores, abogados y estudiantes.

Con periodicidad trimestral, “RDFAS” contiene artículos y otros textos científicos, como comentarios sobre importantes acordadas de los tribunales estatales, como así también, del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
 DOCTRINA NACIONAL	
 Oponibilidade da sentença declaratória de união estável aos Órgãos Previdenciários	
<i>Enforceability of declaratory sentence of common-law marriage before Social Security</i>	
Adriana Lindaura Rocha Ferraz de Oliveira	8
 Do instituto do poder familiar e a necessidade da alteração da expressão "poder" em prol do melhor interesse do menor	
<i>Of the institute of family power and the need for the amendment of the expression "power" for the best interest of the minor</i>	
Alexandra Luppi e Gisele Milanezi	23
 O melhor interesse da criança e a dificuldade na aplicação pelo Poder Judiciário	
Rosangela Regina Alves	40
 Da alienação parental: a alegação de abuso sexual e falsas memórias; um recorte jurídico nas relações familiares	
Sílvia Maria Mantovani Puccinelli	62
 NORMAS DE PUBLICAÇÃO	 86

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 15 • jan.-mar. / 2018

DOCTRINA NACIONAL

OPONIBILIDADE DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL AOS ÓRGÃOS PREVIDENCIÁRIOS

ENFORCEABILITY OF DECLARATORY SENTENCE OF COMMON-LAW MARRIAGE BEFORE SOCIAL SECURITY

Adriana Lindaura Rocha Ferraz de Oliveira

Mestranda em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (2017). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2011). Atualmente é analista judiciário - Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

Resumo: A união estável consiste uma realidade fática a que se atribuem efeitos jurídicos, sendo frequente a necessidade de ajuizamento de ação declaratória para afastar as dúvidas de sua existência. Após obter sentença declaratória procedente na Justiça Estadual e ajuizar posterior requerimento de pensão por morte em face de órgão previdenciário, em muitos casos o pedido é negado sob o fundamento de que a referida sentença não faz coisa julgada perante terceiros. Em outros casos, reconhece-se a sentença estadual como prova suficiente da união. Visando sanar tal divergência, serão analisados os limites subjetivos da coisa julgada e a eficácia das sentenças, a fim de verificar a oponibilidade da sentença aos órgãos previdenciários e as medidas que devem ser observadas em atenção à correção das sentenças judiciais e à preservação da unidade do sistema jurídico.

Palavras-chave: União estável. Ação declaratória. Benefício previdenciário. Efeitos da sentença. Interesse jurídico.

Abstract: *Common-law marriage is a factual reality to which legal effects are attributed, and the need for a declaratory action is often necessary to dispel doubts about its existence. After obtaining a declaratory ruling from the State Court and later filing a claim for a death pension before a social security institution, in many cases the claim is denied on the grounds that said judgment does not make a final judgment with third parties. In other cases, the state sentence is recognized as*

sufficient proof of the union. In order to remedy such divergence, the subjective limits of the res judicata and the effectiveness of the judgments will be analyzed, in order to verify the enforceability of the sentence to the social security agencies and the measures that must be observed in order to correct the judicial decisions to preserve the unity of the legal system.

Keywords: *Common-law marriage. Declaratory action. Social security pension. Effects of judicial sentence. Legal interest.*

Sumário: Introdução. 1 Contornos do problema. 2 Eficácia da sentença e limites subjetivos da coisa julgada. Conclusão

Introdução

A união estável, como ato-fato que é¹, não se constitui por meio de um ato formal das partes, mas se consolida pela convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família. Trata-se, assim, de uma realidade fática a que se atribuem efeitos jurídicos análogos aos do casamento, embora com ele não se confunda. Uma das diferenças entre ambos reside na prova de sua existência. Enquanto o casamento pode ser provado pela respectiva certidão, a união estável necessita de maiores elementos de prova, sendo muitas vezes necessário o ajuizamento de ação declaratória para repelir qualquer dúvida a respeito da existência da relação familiar.

Os motivos mais comuns, na prática, para o ajuizamento da ação declaratória são, quando vivos ambos os companheiros, o interesse em partilhar bens e perceber alimentos. Quando falecido um dos consortes, almeja-se no mais das vezes o reconhecimento de direitos sucessórios e do vínculo de dependência para fins previdenciários. Na primeira hipótese, a legitimidade para a ação é dos próprios companheiros; na segunda, a legitimidade passa a ser dos herdeiros, não

¹ Embora o intuito de constituir família seja requisito para o reconhecimento de uma união estável, não se trata de manifestação formal de vontade, mas se evidencia pela situação de fato estabelecida, razão pela qual pode a união estável ser caracterizada como ato-fato e não como ato jurídico *stricto sensu*.

se reconhecendo interesse jurídico ao órgão previdenciário que o autorize a intervir na ação meramente declaratória.

Após obter sentença declaratória procedente na Justiça Estadual e ajuizar posterior requerimento de pensão por morte em face de órgão previdenciário, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)², em muitos casos o pedido é negado sob o fundamento de que a referida sentença não faz coisa julgada perante terceiros, sendo necessário produzir outras provas da união. Em outros casos, o Juízo Federal reconhece a sentença estadual como prova suficiente da união, com efeitos reflexos sobre o órgão previdenciário.

Diante de tal divergência, o presente estudo objetiva investigar a eficácia para fins previdenciários das sentenças que julgam procedentes ações declaratórias de união estável. Para tanto, será inicialmente elucidado o contorno do problema, apresentando-se os principais argumentos contidos nas decisões consultadas. Em seguida, serão analisados os limites subjetivos da coisa julgada e a eficácia das sentenças a fim de possibilitar a identificação da solução mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio e com os princípios aplicáveis à espécie. Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas e as medidas que devem ser observadas em atenção à correção das sentenças judiciais, à uniformização de entendimentos e à preservação da unidade do sistema jurídico.

1. Contornos do problema

O problema a ser estudado neste artigo diz respeito à situação em que o autor de ação declaratória de união estável *post mortem* almeja posteriormente qualificar-se como dependente para fins previdenciários. Se o pedido declaratório é formulado incidentalmente à ação em que se pede a concessão de pensão por morte pelo INSS, a competência é da Justiça Federal, que decidirá acerca da existência da união estável como questão prejudicial de mérito.³

² Embora as decisões pesquisadas tenham sido ajuizadas contra o INSS, os argumentos também se aplicam a outros órgãos previdenciários, como os estaduais e municipais.

³ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO (PENSÃO POR MORTE). RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. 1. Discute-se nos autos a competência para processar e julgar pedido de concessão de benefício previdenciário (pensão por morte), tendo como prejudicial de mérito o reconhecimento de união estável. 2. Nos casos em que a pretensão deduzida na inicial não diz respeito ao reconhecimento da união estável, mas à concessão de benefício previdenciário, a competência para processar e julgar a demanda é da Justiça Federal. Precedente: CC 126.489/RN,

Entretanto, se a ação declaratória é ajuizada de modo autônomo, tendo como objeto apenas a declaração da existência da união estável, servindo para obtenção de efeitos civis e previdenciários, então a competência é da Justiça Estadual, especificamente das Varas de Família, onde houver, e o pólo passivo deve ser integrado por todos os herdeiros.⁴

Ressalte-se que, ainda que o pedido tenha como objetivo mediato a concessão de pensão por morte, o órgão previdenciário não tem legitimidade para intervir na ação familiar, uma vez que seu interesse é meramente econômico e não jurídico⁵.

Imagine-se que uma pessoa obtenha sentença de procedência na ação declaratória e posteriormente ajuíze ação de concessão de pensão por morte em face do INSS, instruindo o pedido com cópia da sentença transitada em julgado. Indaga-se, em tal caso, se a sentença declaratória faz prova plena da união, da mesma forma que uma certidão de casamento comprovaria a existência do vínculo, ou se a existência da união estável poderá ser rediscutida como questão prejudicial à concessão da pensão requerida.

Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2013, DJe 7/6/2013. 3. O enfrentamento da questão referente à caracterização ou não de união estável numa ação em que pleiteia o benefício previdenciário, como é o caso dos autos, deverá ser enfrentada como uma prejudicial de mérito, de forma lateral. Logo, não restará usurpada a competência da Justiça Estadual. Recurso especial improvido. (REsp 1501408/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)

⁴ Informativo nº 0441 do STJ. Período: 28 de junho a 6 de agosto de 2010. SEXTA TURMA. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. A Turma entendeu ser competente a Justiça estadual para o processamento e julgamento do feito relativo ao reconhecimento da existência de união estável, ainda que para obtenção de benefício previdenciário, nos termos da Súm. n. 53-TFR, determinando a distribuição do processo a uma das Varas de Família da Comarca do Recife. Precedentes citados: CC 104.529-MG, DJe 8/10/2009; CC 98.695-BA, DJe 7/11/2008; CC 94.774-RJ, DJe 1º/9/2008; CC 86.553-DF, DJ 17/9/2007; CC 36.210-AC, DJ 22/8/2005, e CC 48.127-SP, DJ 22/6/2005. EDcl no AgRg no REsp 803.264-PE, Rel. Min. Og Fernandes, julgados em 30/6/2010.

⁵Neste sentido, o REsp 929.348/SP: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO. INTERESSE REMOTO DA UNIÃO FEDERAL NA SOLUÇÃO DA LIDE. PENSÃO ESTATUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ESTABELECIDADA ENTRE OS CONVIVENTES. SÚMULA 150/STJ. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. 1. A pretensão inicial em ação declaratória para o reconhecimento de sociedade de fato é obter uma decisão judicial sobre a existência do relacionamento afetivo mantido entre os conviventes e, a partir daí, usufruir dos direitos decorrentes dessa declaração. Eventuais reflexos pecuniários indiretos, relativos ao pagamento de pensão pelos cofres públicos, não são aptos a justificar a intervenção da União Federal na relação processual, com o conseqüente deslocamento da competência para a justiça federal. 2. Diante do fato de que diversos precedentes desta Corte já proclamaram a ausência de interesse da União na intervenção em ações que versem sobre direito de família, a despeito de provável finalidade previdenciária, a Súmula 150/STJ é inaplicável à espécie dos autos.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 929.348/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011)

Em consulta aos julgamentos da Justiça Federal, por meio de ferramenta de pesquisa unificada de jurisprudência disponível no respectivo sítio eletrônico⁶, tomando por critério de busca as palavras-chave “união estável”, “pensão por morte” e “sentença estadual”, verifica-se grande disparidade de decisões. Ora se reconhece a sentença estadual como prova plena da união estável, ora se considera que não passa de início de prova que carece de complementação, julgando-se improcedentes os pedidos em que a única prova apresentada tenha sido a referida sentença bem como aqueles em que as demais provas contradiziam o conteúdo da sentença estadual. A análise da totalidade dos resultados obtidos extrapola os limites deste artigo, razão pela qual serão apresentados os principais argumentos, com referência a julgados de modo ilustrativo.

Ressalte-se, contudo, que não se discute a competência da Justiça Estadual, especificamente das Varas de Família, onde houver, para a ação declaratória de união estável *post mortem*, quando não cumulada com pedido de benefício previdenciário.⁷ Também é pacífico que não pode o juiz de família determinar a implantação do benefício, uma vez que a análise da condição de dependente, assim como dos demais requisitos para concessão do benefício é de competência da Justiça Federal, quando ajuizada contra o INSS.

Como dito, há o entendimento pacificado no STJ de que a competência para a ação declaratória de união estável é da Justiça Estadual, por se tratar de matéria afeita ao Juízo de Família, ainda que a finalidade mediata seja a obtenção de benefício previdenciário⁸. O pedido de concessão de benefício prestado pelo INSS, contudo, deve ser formulado no Juízo Federal.

⁶ www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/

⁷ Conflito de competência. Ação declaratória de união estável e extinção. Fins previdenciários. 1. Buscando-se na ação declaratória, do que se extrai dos autos, a declaração de união estável e a sua extinção em relação ao falecido para todos os efeitos legais, deve a lide ser proposta perante a Justiça Comum do Estado, não afetando a competência a eventual utilização da respectiva sentença junto a órgãos públicos. Cabe ao Juízo de Direito julgar procedente ou improcedente a lide e, se o caso, mencionar a extensão de sua sentença. 2. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum do Estado. (CC 26.680/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 17/04/2000, p. 40)

⁸ Neste sentido: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – JUSTIÇA ESTADUAL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – PENSÃO – ÓRGÃO FEDERAL. Se o objetivo da ação de reconhecimento de união estável *post mortem* é o cadastramento da autora como dependente do companheiro em órgão federal, para receber pensão que já está sendo paga à ex-esposa e filha do falecido, a competência para apreciar o pedido é da justiça estadual. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Terceira Vara de Família de Brasília-DF, o suscitado. (CC 35.061/DF, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 192)

O problema consiste em saber se, obtendo a parte sentença favorável no Juízo Estadual, para o qual não se citou o órgão previdenciário federal, pode o Juízo Federal rediscutir o assunto e concluir de modo diverso pela inexistência da referida união. Em outros termos, indaga-se se a sentença declaratória estadual faz prova plena da união estável para fins previdenciários ou perante terceiros que não possuem legitimidade para participar da ação no juízo de família. Sabendo-se que as ações declaratórias têm por objeto obter a certeza jurídica acerca da existência ou inexistência de uma relação ou da autenticidade/falsidade de um documento, parece contraditório que sentenças de procedência proferidas em ações declaratórias para as quais foram citados todos os interessados convertam-se posteriormente em mero início de prova da relação que se declarou existir.

Em favor da aptidão probatória da sentença estadual, consta o argumento de que se trata de ação declaratória em ação de estado que, portanto, teria eficácia *erga omnes* desde que citados para a ação todos os interessados⁹. No sentido contrário, argumenta-se que a coisa julgada não é oponível a terceiros que não participaram de sua formação, razão pela qual poderia o órgão previdenciário rediscutir a existência da relação familiar para afastar ou reconhecer a qualidade de dependente¹⁰.

⁹ APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - UNIÃO ESTÁVEL - SENTENÇA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL - COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE COMPANHEIRA ATÉ A OCASIÃO DO ÓBITO - DIREITO À PENSÃO POR MORTE - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - MANUAL DE ORIENTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA OS CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL - ISENÇÃO DO INSS DE CUSTAS, TAXA JUDICIÁRIA E EMOLUMENTOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SISTEMÁTICA DO NOVO CPC - CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. I - *A sentença declaratória de união estável proferida pela Justiça Estadual nos termos do art. 9º da Lei nº 9.278/96 é prova plena da condição de dependente perante a Previdência Social, ainda que o INSS não tenha integrado a lide.* II - Demonstrados os requisitos legais, a autora tem direito à pensão por morte, na qualidade de companheira, com data de início do benefício coincidente com a data do primeiro requerimento do benefício, nos termos do art. 74, II, da Lei nº 8.213/91. Ressalte-se que deve ser respeitada a prescrição quinquenal, na forma do art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, para o pagamento das parcelas atrasadas. III - Correção monetária e juros de mora segundo critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. IV - Acórdão ilíquido. Fixação da verba honorária, quando da liquidação do julgado (art. 85, § 4º, II, do Novo Código de Processo Civil), observada a Súmula 111 do STJ. V - A Autarquia Previdenciária goza de isenção de custas, taxa judiciária e emolumentos, Lei Estadual nº 3.350/99. VI - Apelação desprovida e remessa necessária parcialmente provida. Tutela de urgência concedida. (TRF-2 - AC: 00212643220154029999 RJ 0021264-32.2015.4.02.9999, Relator: ANTONIO IVAN ATHIÉ, Data de Julgamento: 07/10/2016, 1ª Turma Especializada)

¹⁰ PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. FALTA DE QUALIDADE DE DEPENDENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese dos autos é de recurso contra sentença de improcedência em pedido de concessão de pensão por morte (companheira), e a autora alega que comprovou seu direito ao

A uniformização da jurisprudência, estabelecida expressamente pela atual legislação processual, revela-se uma questão de justiça, uma vez que a mesma situação de fato não deveria ocasionar decisões opostas. Na hipótese em estudo, quando a sentença estadual é considerada prova plena num processo e prova insuficiente no outro, a injustiça é patente.

Com efeito, a necessidade de uniformização está explicitada no próprio texto legislativo, artigo 926 do CPC, *in verbis*: “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, bem como na exposição de motivos em que se critica que “haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”¹¹.

Tal divergência foi inclusive retratada num recente julgado do STJ. No julgamento do AgInt no REsp 578.562/RJ¹², foi vencedor o entendimento de que

benefício, sendo que o fato de não haver convivência sob o mesmo teto em determinado momento, não afasta a existência de união estável do casal. 2. A análise do caso concreto permite concluir que a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que embora comprovado o óbito do alegado companheiro da autora, José Francisco de Lira, em 17/01/2011, conforme certidão de fl. 14, bem como sua qualidade de segurado, pois quando faleceu era empregado celetista ("copeiro") na empresa CAFÉ RECREIO DA PRAÇA, desde 01/02/2010, não restou devidamente demonstrada a qualidade de dependente da autora, por falta de comprovação de que viviam em união estável durante os quatro últimos anos que precederam a morte do segurado. 3. Apesar de ter obtido o reconhecimento da união estável por sentença transitada em julgado em ação declaratória post mortem que tramitou na Justiça Estadual (fls. 86/87), não existe nos presentes autos prova de mesmo domicílio (endereço da autora diverso do que consta na Certidão de Óbito), cópias de documentos em nome de ambos, que pudessem sustentar a tese da união estável, comprovação de despesas realizadas pelo de cujus para sustento do suposto lar em que viviam como cônjuges, elementos de prova da publicidade da relação como se fossem marido e mulher, além de depoimentos de testemunhas e da autora que não conferem a certeza que se fazia necessária, havendo algumas contradições, como apontado na sentença, e a própria autora declarou em seu depoimento que no trabalho do Sr. José ninguém sabia que ele morava com ela, e a filha do Sr. José, por sua vez, informou que era ela quem morava com o pai, e que conhecia a autora, pois o pai teve um relacionamento amoroso com ela (fl. 68), mas que jamais se mudou, tudo levando à conclusão de que a autora e o Sr. José eram apenas namorados. 1 4. Recurso a que se nega provimento. (TRF-2 - AC: 01160196620134025101 RJ 0116019-66.2013.4.02.5101, Relator: ABEL GOMES, Data de Julgamento: 22/03/2017, 1ª Turma Especializada)

¹¹ BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 27.

¹² PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL PROFERIDA EM JUÍZO DE FAMÍLIA. INVIABILIDADE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO À UNIÃO QUE NÃO FOI PARTE NA AÇÃO ORIGINÁRIA (ARTIGO 472 DO CPC/1973). INÍCIO DE PROVA MATERIAL, A QUAL DEVERÁ SER CONJUGADA E CORROBORADA COM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS A FIM DE PROVAR A

os efeitos da sentença declaratória de união estável pós morte não se estendem à União, por força do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil/1973. Registrou-se, todavia, o entendimento dissonante no relator segundo o qual “[...] quanto à validade como meio de prova da sentença declaratória de união estável exarada pelo Juízo Estadual, frente a Autarquia Federal que não integrou a ação, o acórdão combatido encontra-se em dissonância com a jurisprudência deste Sodalício, que assenta a competência da Justiça Estadual para processamento da Ação Declaratória de união estável, ainda que tenha por fim mediato a concessão de benefício previdenciário, não modificando a competência a futura utilização dessa Sentença para obtenção do benefício junto a Órgãos Federais, como na hipótese dos autos”. Afirma, ainda, que “[...] não se sustenta a afirmação da Corte de origem que a escassez que prova material leva ao não reconhecimento do pedido, uma vez que esta Corte admite, inclusive, o reconhecimento da união estável com base em prova exclusivamente testemunhal, uma vez que não cabe ao julgados criar restrições quando o legislador assim não o fez”.

Mostra-se premente, assim, a necessidade de uniformizar o entendimento sobre o valor probatório da sentença declaratória perante terceiros. Buscar uma solução para o problema da oponibilidade da sentença declaratória de união estável perante o órgão previdenciário exige a análise dos efeitos da sentença declaratória e dos limites subjetivos da coisa julgada, à luz dos princípios do direito de família, objeto da declaração, e das garantias processuais, como se pretende a seguir.

2. Eficácia da sentença e limites subjetivos da coisa julgada

É preciso distinguir inicialmente a extensão da coisa julgada e a eficácia da sentença. Acerca da eficácia pode-se dizer que além do efeito direto, a decisão judicial possui uma eficácia principal, que decorre diretamente do seu conteúdo e, no caso das decisões declaratórias, consiste na certeza jurídica

QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO, PARA FINS DE RECEBIMENTO DE PENSÃO ESTATUTÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO ENTENDEU PELA AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DA UNIÃO PROVIDO, DIVERGINDO DO RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. (AgInt no AREsp 578.562/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

atribuída à existência, inexistência ou modo de ser uma relação jurídica, ou à autenticidade ou falsidade de um documento¹³.

A coisa julgada, por sua vez, é uma autoridade de que se reveste a sentença, que se torna imutável. Acerca dos limites subjetivos da coisa julgada, o Código de Processo Civil dispõe no art. 506 que “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. O dispositivo corresponde ao art. 472 do Código de 1973 no qual se lia que “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Pela modificação do texto legislativo é possível perceber que a coisa julgada pode beneficiar terceiros, vedando-se apenas que estes sejam prejudicados por decisão transitada em julgado proferida sem a sua participação, isto é, sem observância do contraditório. Tucci¹⁴ aponta como uma das hipóteses de coisa julgada favorável a terceiros aquela contida no art. 274 do Código Civil, segundo o qual “[o] julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles”.

O autor, apesar de considerar repugnante a ideia de que “[n]uma ciência processual dominada por regramentos éticos e políticos, de tendência marcadamente democrática, [...]um sujeito de direitos, sem que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes para que possa, na condição de parte, apresentar as suas próprias razões, venha a ser privado de seus bens por força de decisão judicial transitada em julgado”, reconhece que “não se afasta a possibilidade da repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença a um terceiro”¹⁵. Distingue, assim, terceiros afetados positiva ou negativamente no plano fático daqueles que possuem interesse incompatível com o objeto da decisão, um interesse jurídico.

¹³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p 434.

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 8. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel), p. 220-221.

¹⁵ *Idem, ibidem*

A mesma distinção entre interessados no plano fático e no plano jurídico se faz relevante para Ovídio Baptista da Silva¹⁶ segundo o qual, “[o] princípio cardeal, em matéria de extensão subjetiva da coisa julgada, consubstancia-se no seguinte: ou a lei faz extensiva a eficácia peculiar da coisa julgada a alguém que haveria de permanecer terceiro, estranho à demanda, e, nesse caso, a questão se resolve numa das hipóteses de *litisconsórcio necessário*, de modo que o suposto terceiro passa a ser parte; ou a intervenção não é *necessária*, no sentido de ser inafastável, e ter-se-ão casos de *efeitos reflexos* ou outros efeitos (ditos naturais) da sentença que não impedem que os terceiros rediscutam o julgado, havendo aquele nexo de prejudicialidade-dependência, definida pela doutrina italiana como capaz de dar ensejo à intervenção de terceiros; ou, nos demais casos, que envolveriam os chamados *terceiros indiferentes*, estes não suportam, não a coisa julgada, mas as eficácias *naturais da sentença*.” Concordando com Liebman, entende que “o que alcança o terceiro é realmente a eficácia natural da sentença, que é sempre imutável para os terceiros que não se legitimem à intervenção, o que só ocorre quando houver conexão de relações jurídicas, o que significa, quando exista *eficácia reflexa*”¹⁷.

Assim, a autoridade da coisa julgada se forma entre as partes e não se estende a terceiros. Contudo, os terceiros que sofrem apenas os efeitos naturais da sentença, isto é, que são atingidos em suas esferas fáticas e não jurídicas, não detêm legitimidade para afastar a imutabilidade da sentença e, por essa razão, pode-se dizer que são atingidos por tal imutabilidade. Tecnicamente os terceiros despidos de interesse jurídico não estão sujeitos à coisa julgada, mas à imutabilidade que lhe atinge como efeito natural da sentença, dado que nada podem fazer para rediscutir a questão já decidida. Ao contrário, terceiros que se legitimem por uma relação jurídica dependente, sofreriam os efeitos reflexos da sentença e, portanto, poderiam afastar de suas esferas jurídicas os efeitos prejudiciais da sentença, rediscutindo o julgado.¹⁸ O interesse jurídico é aquele que autoriza a intervenção do terceiro como assistente ou a interposição de recurso na qualidade de terceiro prejudicado, ao passo que o interesse de fato não confere a mesma possibilidade.

¹⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4 ed. rev e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 102.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 91.

Uma ressalva deve ser apresentada em relação aos entes públicos, dada a possibilidade de intervenção anômala que lhe atribui o art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97. Tal dispositivo autoriza a intervenção fundada em interesse meramente econômico, nos seguintes termos: “[a]s pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

Leonardo Cunha¹⁹ ressalta que tal intervenção não atribui à Fazenda a posição de parte nem os poderes respectivos, uma vez que a atuação do ente público limita-se a esclarecer questões de fato e de direito juntando documentos e memoriais. Não pode, portanto, apresentar contestação ou arrolar testemunhas, tampouco pode manifestar-se sobre pontos que, por serem incontroversos, não configuram questões. Pode, por outro lado, manejar recursos, momento em que passa a ser considerada parte e ocasiona o deslocamento do processo para o juízo competente.

Para a solução do problema inicialmente apresentado, dessa forma, faz-se necessário identificar se o órgão previdenciário tem interesse jurídico da declaração de união estável e, caso não o tenha, se é possível a intervenção anômala.

Como visto, o INSS não pode intervir na ação estadual, não detém legitimidade para discutir a mera existência de união estável, mas pode discutir a qualidade de dependente no processo em que se pleiteia benefício previdenciário. Com efeito, a ação declaratória de união estável, sem pedidos secundários, tem caráter exclusivamente familiar e não comporta intervenção do órgão previdenciário ou de quaisquer terceiros cujos interesses sejam meramente pecuniários. São legitimados apenas os próprios conviventes e seus sucessores, em caso de falecimento.

Considerando que não detém interesse jurídico na demanda meramente declaratória, restaria ao órgão previdenciário intervir de modo anômalo. Tal intervenção, contudo, é limitada quanto à atuação do órgão e, nos casos em que

¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 182

não haja divergência entre as partes, seria inócua, dado que só pode atuar para esclarecer pontos controvertidos de fato e de direito.

A sentença declaratória, assim, produz efeitos perante o órgão previdenciário, enquanto terceiro afetado em sua esfera fática, de modo que não poderá discutir a existência da união já declarada judicialmente no Juízo competente com participação de todos os interessados. Evidentemente que podem ser analisados os requisitos para a concessão do benefício, inclusive afastando a presunção da dependência econômica do companheiro. Com efeito, a eficácia da sentença declaratória não prova a existência mesma dos fatos, mas a interpretação jurídica conferida²⁰. No caso, a sentença por si só não faz prova a residência comum, prole dos companheiros ou quaisquer fatos que embasaram a decisão, mas comprova o juízo que se exerceu sobre tais fatos, concluindo por sua caracterização como união estável. Note-se que o juízo de família não tem por parâmetro a dependência necessária para concessão do benefício previdenciário, mas os requisitos para o reconhecimento de entidade familiar sobre a qual não cabe intervenção da previdência.

Não se olvida, porém, da possibilidade de que, com o intuito de obter indevidamente a pensão por morte, os interessados não apresentem controvérsia acerca de união estável que, no entanto, não tenha existido ou não tenha perdurado até o falecimento do segurado. Para evitar a percepção fraudulenta do benefício, convém sempre atentar que a existência de união estável, por se tratar de um ato-fato, não pode ser objeto de transação. Assim, ainda que não haja controvérsia entre as partes, o pedido deve ser instruído com provas suficientes da relação familiar.

Mesmo que na ação declaratória não se decline a finalidade do pedido, é necessário ressaltar a natureza de ato-fato da união estável e a possibilidade de que a coisa julgada produza efeitos para além das partes. A fim de evitar fraudes à previdência, portanto, necessário que sempre se instrua o feito a fim de salvaguardar a própria atividade jurisdicional e a certeza que a sentença declaratória confere.

Caso se tenha verificado, ainda assim, o indevido reconhecimento da união estável, devem ser adotadas as medidas necessárias para desconstituir a sentença baseada em fatos falsos e reprimir as condutas fraudulentas, inclusive com

²⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *op cit.* p. 441

responsabilização criminal, quando for o caso. A existência de tais casos, porém, não pode ser fundamento para prejudicar aqueles que julgavam obter com a ação declaratória seu efeito principal, a certeza jurídica da existência de uma relação.

Conclusão

Da análise da eficácia da sentença, conclui-se que as sentenças proferidas em ação declaratória de união estável *post mortem* da qual participaram todos os juridicamente interessados estende seus efeitos para terceiros, de forma imutável, inclusive para os que detém interesse meramente fático. Com efeito, a sentença produz efeitos em situações de fato, anexas à questão decidida e que somente podem ser afastados se comprovado o interesse jurídico do terceiro, que o legitimaria a intervir no feito ou repelir os efeitos da sentença, afastando sua imutabilidade.

Constatando-se que o ente previdenciário não detém legitimidade para a ação declaratória de união estável, conclui-se que deve sujeitar-se aos efeitos da sentença nela proferida, reconhecendo a existência de união estável objeto da decisão. Ressalte-se, porém, que a decisão limita-se a reconhecer o vínculo familiar, podendo o juízo competente para a questão previdenciária, sem afastar a existência da união estável, apreciar a dependência para fins de concessão do benefício.

Dada a natureza de ato-fato da união estável e, como visto, a extensão da eficácia da declaração judicial de sua existência, é matéria que inadmite transação, razão pela qual deve o juízo de família instruir o feito, ainda que não haja controvérsia entre as partes. Verificado, ainda assim, pelo órgão previdenciário ou pelo juízo federal que a sentença estadual foi prolatada em contradição com os fatos, deverão ser tomadas as providências necessárias para punir os responsáveis por eventual fraude constatada.

Referências

BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 578.562/RJ*, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 26.680/RJ*, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 17/04/2000, p. 40

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 35.061/DF*, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 192

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de jurisprudência nº 0441 do STJ*. Período: 28 de junho a 6 de agosto de 2010. Precedentes citados: CC 104.529-MG, DJe 8/10/2009; CC 98.695-BA, DJe 7/11/2008; CC 94.774-RJ, DJe 1º/9/2008; CC 86.553-DF, DJ 17/9/2007; CC 36.210-AC, DJ 22/8/2005, e CC 48.127-SP, DJ 22/6/2005. EDcl no AgRg no REsp 803.264-PE, Rel. Min. Og Fernandes, julgados em 30/6/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.501.408/RS*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 929.348/SP*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC: 01160196620134025101 RJ 0116019-66.2013.4.02.5101*, Relator: ABEL GOMES, Data de Julgamento: 22/03/2017, 1ª Turma Especializada

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC: 00212643220154029999 RJ 0021264-32.2015.4.02.9999*, Relator: ANTONIO IVAN ATHIÉ, Data de Julgamento: 07/10/2016, 1ª Turma Especializada

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2013.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4 ed. rev e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 8. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel).

DO INSTITUTO DO PODER FAMILIAR E A NECESSIDADE DA ALTERAÇÃO DA EXPRESSÃO "PODER" EM PROL DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

OF THE INSTITUTE OF FAMILY POWER AND THE NEED FOR THE AMENDMENT OF THE EXPRESSION "POWER" FOR THE BEST INTEREST OF THE MINOR

Alexandra Luppi

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade Interação Americana. Pós Graduada em Direito de Família e Sucessões aplicado ao Novo CPC – ESA/SBC. Membro da Comissão de Direito Contemporâneo e Comissão do Coral - OAB-SBC. Membro da Diretoria da ABRAMM - Associação Brasileira de Mieloma Múltiplo. Associada da ADFAS – Associação de Direito de Família e Sucessões. Advogada.

Gisele Milanezi

Bacharel em direito pela Universidade do Grande ABC. Especialista em Direito do Trabalho – COGEAE PUC/SP. Pós Graduada em Direito de Família e Sucessões aplicado ao Novo CPC – ESA/SBC. Membro da Comissão de Proteção e Defesa dos Animais e Comissão do Coral – OAB/SBC. Associada da ADFAS – Associação de Direito de Família e Sucessões. Advogada.

Resumo: A finalidade do artigo é demonstrar a necessidade de alteração da nomenclatura atual Poder Familiar e possibilitar a consolidação incontestável da expressão com a sua aplicação, mediante pesquisa de natureza qualitativa exploratória com levantamento bibliográfico. Imprescindível contextualizar a evolução histórica do instituto entre o Código Civil de 1916, Leis e Decretos correlatos, a Constituição Federal de 1988, e o Código Civil de 2002, pois esta discussão transcende simples aplicação inadequada dos termos que, analisados, e também o princípio do melhor interesse do menor, depreendemos que a expressão "Autoridade Parental" traduz com maior precisão a conjuntura de direitos e deveres

próprios às relações de parentesco, evitando o termo "poder" que induz a efeitos discordantes de sua destinação como Lei.

Palavras- chave: Poder Familiar. Autoridade Parental. Família. Interesse do Menor. Parental.

Abstract: *The purpose of the article is to demonstrate the need to change the current Family Power nomenclature and enable the unconstrained consolidation of the expression with its application. It is essential to contextualize the historical evolution of the institute between the Civil Code of 1916, Related Laws and Decrees, the Federal Constitution of 1988, and the Civil Code of 2002, since this discussion transcends a simple inadequate application of the terms that, analyzed, as well as the principle of the best interest of the child, we can deduce that the term "parental authority" expresses more accurately the conjuncture of rights and duties proper to kinship relations, avoiding the term "power" that induces the discordant effects.*

Keywords: *Family Power. Parental Authority. Family. Interest of Minor. Parental.*

Sumário: Introdução. 1. Do Instituto do poder familiar. 2. Da necessidade da alteração do Instituto para autoridade parental. Conclusão. Referências.

Introdução

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade da alteração do termo “poder familiar” para “autoridade parental”, uma vez que o homem médio – usuário final – faz inadequada interpretação da terminologia, o que enseja conflitos entre partes. O Direito ao invés de apaziguar os ânimos, acaba por causar mais anomalias.

Conforme estabelece o artigo 1631 do Código Civil de 2002:

"Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade."

Tendo como base os princípios de ordem pública, indisponibilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, o poder familiar passou por profundas transformações ao longo do tempo, e como abordaremos no artigo, *data vênia*, ainda outras alterações são necessárias para que vejamos consolidados sem contrastes a expressão e a nomeação com o espírito da aplicação de tal instituto.

Com a intenção de demonstrar a necessidade de tais modificações é que descreveremos a evolução histórica do termo, e na construção desse entendimento poderemos notar que a evolução não ocorreu de forma linear.

São dois aspectos importantes para observarmos. O primeiro diz respeito à escolha dos termos para definir em que condições e com quais espécies de atos objetivarão o alcance do desenvolvimento integral de filho. Trata-se de PODER sobre o menor. É justamente o segundo ponto a ser analisado, se o instituto tem sido devidamente exercido de forma a obter o melhor interesse do menor.

Tanto o direito pátrio quanto o direito comparado serviram como bases para melhor explanação da ideia e da necessidade da alteração proposta.

Não se trata nesse momento de pensar no direito que tanto o homem ou a mulher tem sobre a sua prole, que merecidamente conquistado e igualado entre ambos na evolução do ordenamento jurídico, mas sim verificar que como referido instituto trata-se do desenvolvimento da personalidade do menor.

Necessário verificar o melhor interesse da criança/ adolescente, e afastar a hipótese de que o uso de terminologia equivocada de "poder" faça com que a compreensão dos limites desse dever seja ultrapassado, visto que se assim ocorrer há dispositivo legal que preveja a suspensão ou a perda do poder familiar (artigo 1637 do Código Civil 2002), porém as consequências psicológicas podem ser de difícil reparação²¹.

Com a finalidade de atingir o objetivo traçado, a presente pesquisa fez uso do método qualitativo de natureza exploratória, pois buscou verificar praticas que necessitam ser alteradas à luz da teoria existente. Em relação ao levantamento das informações fez-se uso da pesquisa bibliográfica a partir da leitura de autores renomados na temática e consulta a Decretos, Leis, Constituição Federal e Código Civil concernente ao objeto do estudo.

²¹TAVARES, Regina Beatriz. Revista do Advogado, Ano XXVII, Maio de 2007. Afetividade e responsabilidade nas relações de família. N° 91. P. 112.

1. Do instituto do poder familiar

O ordenamento jurídico vigente, o Poder Familiar está descrito dentro do Código Civil de 2002²² no Livro IV – Direito de Família, Título I – Do Direito Pessoal.

Referido instituto trata do conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores e aos bens destes, decorrente da paternidade e da filiação, independentemente do regime de bens adotado em casamento ou em união estável, e nesse mesmo sentido não há nenhuma mudança no instituto quando da ruptura do casamento por separação ou por divórcio, ou até mesmo na dissolução da união estável.²³

No primeiro subtítulo a lei preocupou-se em discorrer sobre o instituto do Casamento, que mesmo não sendo a intenção abordar nesse artigo o porquê de tal consequência, importante se faz observar com os olhos do legislador a importância de cada tema.

Percebe-se que o poder familiar é pessoal. Dentro do tratamento que a Constituição Federal de 1988²⁴ tem deferido à pessoa – porque a lei pátria se preocupava em maior grau com o patrimônio – e a proteção especial que se obriga em benefício da Família, seguindo os princípios dos Direitos Pessoais, já traçamos que o Poder Familiar é indisponível, irrenunciável e imprescritível.²⁵

A sua descrição se torna mais refinada na abertura do Subtítulo II do mesmo diploma legal, qual seja: Das Relações de Parentesco. Por interpretação sistemática temos que o Poder Familiar é decorrente de Relações de Parentesco. O Poder Familiar é um instituto em especial, tratado no Capítulo V, e seguem-se as Disposições Gerais na Seção I, tendo em vista todo o mais ter sido exposto na hierarquização dos temas.

O artigo 1630 traz o período em que o filho é submetido ao Poder Familiar. O período mencionado é o da menoridade, ou menor idade – criança e adolescente.

²² Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. D.O.U Seção 1 - 11.01.2002.

²³ ASSIS, Olney Queiroz; FREITAS, Márcia. *Tratado do Direito de Família. Interpretação Doutrinária, Jurisprudência Comentada, Legislação Referenciada e Prática Processual*. São Paulo: Primeira Impressão, 2007. Pgs.154/159

²⁴ Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, out 1988.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 9ª. Ed. Atualizada e ampliada de acordo com a Lei 12.344/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Já o artigo 1631, expressa que “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. (...)”.

Os artigos seguintes, 1632 e 1633, confirmam que não há mudança entre as relações entre pais e filhos, mesmo na dissolução da união estável, na ruptura do casamento por separação ou divórcio, bem como o último discorre que mesmo não sendo reconhecido pelo pai, o menor fica sob o poder familiar exclusivo da mãe e na falta dessa do seu tutor.

Por mais óbvio que tudo possa parecer, a mudança no espírito da lei em fazer da pessoa o centro da sua preocupação e cuidados e não o patrimônio como outrora é o que assegura o que é exposto neste artigo, que a terminologia a ser empregada para o encontro com a prática de mesmo valor de significância para o usuário, qual seja, o homem médio, se faz importante.

Estas e outras mudanças que ocorreram ao longo do tempo e, *data vênia*, ainda outras alterações são necessárias para que vejamos consolidados sem contrastes o desejo da Lei, seu espírito, à sua expressão e nomenclatura.

Os doutrinadores do século XX explicavam que o termo “poder” era uma disposição da “autoridade”, e que a manifestação concreta era a força, que obriga à obediência dirigida e mandada por quem tem o direito de ser ouvido e obedecido.²⁶

Encontramos na Carta Política referências diretas à Família, nos artigos 226 e 227 especialmente. Não usa o termo parentesco, ao contrário da Lei Civil e da Doutrina corrente.

Mesmo quando o jurista reflete sobre as falhas no exercício do Poder Familiar ele usa para se referir às relações familiares o termo “parentesco” – *vide* “alienação parental”.

A falta de unidade da terminologia na Ciência do Direito, em especial no sub-ramo do Direito de Família, tem causado desconforto porque ao homem médio entrega-se a possibilidade do erro de interpretação e, portanto, o conflito.

O Direito é apaziguador, e não fonte de contendas. Faz parte do estudo de outros países – Direito Comparado – a mudança de nomenclatura do que nominamos “Poder Familiar”, justamente pelas razões expostas: De que a Ciência

²⁶AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 24ª Edição. Porto Alegre. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1941. p.5.

deve ter discurso uniforme e que deve servir à maioria de pessoas no ambiente em que está inserida. A maioria de pessoas tem a característica do homem médio.

Examinada a evolução histórica do termo, na construção desse entendimento, podemos notar que a evolução não ocorreu de forma linear, o que talvez seja a justificativa da existência e uso de termos diversos, cuja finalidade seria compor a harmonia social em apenas uma terminologia. Sendo assim, de suma importância discorrer sobre essa passagem no tempo.

Tendo como uma das raízes o direito Romano, além do Direito Canônico, e o Direito Português, o ordenamento jurídico de 1916²⁷, discorria no artigo 380 do Código Civil o pátrio poder da seguinte forma:

"Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência."

A explicação mais plausível para essa determinação é que a administração patrimonial da família seria de responsabilidade do marido. Não podemos deixar de assinalar que a única família possível no instante histórico era a formalmente constituída, sendo legítimos apenas os filhos advindos dentro desse enquadramento.

Observamos dois aspectos. O primeiro diz respeito a definição de quem, em que condições, com quais espécies de atos atingiria a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral de filho; já o segundo trata-se do termo "poder" sobre o menor, sendo o seu titular apenas o marido, cabendo à mãe apenas o direito de recorrer ao juiz em caso de divergência.

Assim, a análise da titularidade é necessária nesse ponto, pois com a intenção de alterá-la é que ocorreu a modificação da nomenclatura àquela época, trazendo mudanças quanto à exclusividade do pátrio poder ao homem. Vejamos:

Decreto-Lei 5.213 de 21 de janeiro de 1943²⁸

²⁷ Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. D.O.U 5.1.1916

²⁸ Decreto-Lei 5.213 de 21 de Janeiro de 1943. D.O.U 25.1.1943

"Art. 1º O art. 16 do decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor."

Mais dois aspectos antes não abordados agora surgem para coordenar as ações da sociedade, pois na verdade não refletem inovações.

O "poder" continua sendo do homem, que considerado culturalmente o chefe ou líder do casal – não apenas o marido, mas também o ora concubino, melhor explicando, o varão dentro da união estável (que ainda não regulamentada e desconhecida essa nomenclatura).

Se ele – PAI – reconhecer o filho natural, ou se "ambos" o fizerem; nesse caso, o filho natural fica sob o poder deste pai, salvo se, JUIZ, em motivação fundamentada no INTERESSE do menor, decidir de modo diverso.

Portanto, são os homens os titulares do poder familiar, porém decisões judiciais podem mudar a investidura do título, e o INTERESSE do menor passa a ser considerado.

Note-se que o interesse de que trata o artigo naquele momento histórico do Brasil, é o interesse relativo à administração de seus bens e aspectos morais pertinentes à esposa, ou ex-esposa, ou concubina.

Dois aspectos merecem destaque. Primeiro o filho natural não legítimo pode ser reconhecido e ficará sob a guarda de seu genitor, tendo esse o *status* "marido", ou não. Segundo: O INTERESSE do menor pode ser discutido judicialmente, mesmo que somente o interesse patrimonial.

O Instituto, porém, ainda utilizava a expressão: "PÁTRIO PODER", mesmo que a interpretação já tivesse mudado substancialmente desde seu início.

No momento histórico-cultural apontado, a sociedade brasileira caminhava realmente dentro dessa proposta de que o homem seria responsável pela família, mulher e filhos. Desta feita, termo "pátrio" (*paters*) e "poder" estavam concordantes com a realidade.

Apenas em 1962 o ordenamento valorizou a mulher na sociedade conjugal e reconheceu a emancipação da mesma no matrimônio através da Lei

4.121 de 27 de agosto de 1962²⁹. Mas ainda assim não temos como perceptível – em termos de conceito ou mesmo por mudanças práticas com relação ao Instituto que analisamos – tal valorização.

Quando da lei do divórcio³⁰, e assim tratado o tema da Guarda dos filhos, não há mudança sequer na terminologia ou mesmo no aspecto prático do “Pátrio Poder”, posto que todo o assentimento relativo ao menor ou administração de seus bens partiria do genitor.

Daquela época, ao menor (criança ou adolescente) era considerado de seu interesse ficar na companhia do cônjuge que inocente da ruptura da relação matrimonial, o que na maioria dos casos levava à guarda (unilateral) para a mãe o ao direito de visitas para o pai.

A guarda não era atribuída à mãe se e quando por questões morais assim não fosse conveniente ao INTERESSE do menor. As regulamentações de guarda e de visita muitas vezes eram consequências das condenações por culpa proferidas em sentenças em processos de separação (*latu e stricto sensu*)³¹.

E o PATRIO PODER? Em cumprimento ao interesse da criança (e do adolescente) estar em companhia do menor era considerado prêmio de consolação ao cônjuge traído, e ao cônjuge traidor o castigo se consubstanciava em seu afastamento.

Embora em 1988 a carta Magna tenha reconhecido a igualdade de gêneros perante a lei, culturalmente ainda estamos atrelados ao senso comum de que é a figura feminina a que demonstraria qualidades de cuidadora, em detrimento de sua deficiente competência em se tornar provedora financeira de uma família.³²

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) veio para fazer mais presente preceitos relacionados na Declaração dos Direitos Fundamentais, e como consequência aproximou a prática à lei quando em sua letra transporta mais os conceitos de direitos dos menores do que distinção entre as responsabilidades entre um ou outro genitor – o feminino e o masculino. Pai e mãe são igualmente chamados a participar e responder ao poder que a lei lhes confere por uma relação de fato.

²⁹ Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962. D.O.U 3.9.1962

³⁰ Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. D.O.U 27.12.1977

³¹ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Revista do Advogado, Ano XXVII, Maio de 2007. N° 91. A guarda e o exercício do direito de visita. Pgs95,96.

³² Abordagem em aula de pós graduação ESA-SBC – Direito de Família e Sucessões (26.06.2018)

Salientamos que o termo “poder” recebe nova significância, pois deixa de ser a possibilidade do pai agir conforme parâmetros subjetivos de bem estar da família e passa a ser discutido e exigido como dever de exercer e obrigação de cumprir os verbos relativos ao “pleno desenvolvimento do menor”.

Contudo, o *nomen juris* do instituto do apenas teve modificação no Código Civil de 2002, verificando assim a necessidade de alterar o termo utilizado para PODER FAMILIAR visto que assim é o discurso da Carta Magna em seu artigo 227.

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

Conforme nos ensina Luiz Edson Fachin³³ (...) *se no "pátrio poder" o que se percebe é a preponderância da figura paterna sobre os filhos, no "poder familiar" se destaca a relação entre pais e filho, relacionamento que, na verdade, se consubstancia distante da unilateralidade".*

Resta evidenciado que a família não possui mais o pai como o detentor do poder sobre todos, porque finalmente a lei civil trouxe o discurso compatível com as alterações dos direitos dos filhos menores e da criança e do adolescente acontecidos com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990³⁴.

Embora a lei civil tenha um público final diverso do público especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, a unidade entre elas está nos Direitos Fundamentais e na prestação de assistência que, em último caso, deverá ser prestada inclusive pelo Estado, que deverá optar em atender o mínimo digno em detrimento da reserva legal, no caso de os dois institutos entre si colidirem.

No específico apontamento, reflete Jones Figuerêdo Alves:³⁵

³³FACHIN, Luiz Edson. Revista do Advogado. Ano XXXI. Junho de 2011. Nº 112. Do pater famílias à autoridade parental. P 99/103

³⁴ Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. D.O.U 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990.

³⁵ALVES, Jones Figueirêdo. Revista do Advogado. Ano XXVII. Maio de 2007. Nº 91. Alimentos de pessoas desprovidas de vínculo parental ou de parentes em condições de presta-los. P 79/91

“A primeira percepção de uma garantia de direitos por responsabilidade alimentar estatal é-nos oferecida pelo mandamento do artigo 227 da Carta Magna. Conforme dispõe o preceito constitucional, “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito (...) à alimentação (...)”.

Poder, na interpretação geral deste instituto, é indissolubilidade de direitos- deveres/ autoridade/responsabilidade inerentes aos pais em relação aos filhos menores e aos bens destes que consiste na obrigação em cumprir os direitos dos filhos menores segundo os princípios dos Direitos Fundamentais perante estes e também perante terceiros. (Sociedade e Estado).³⁶

“(...) uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de sua política assistencial e previdenciária, mas, com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o transfere, mediante lei, aos parentes daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem membros de uma mesma família impõem esse dever moral e jurídico”.

E por conta dessa interpretação surge a necessidade do legislador por mais uma vez, mas agora em prol do interesse do menor, alterar a terminologia de como utilizada atualmente para autoridade parental, retirando assim a falsa ideia de "poder".

2. Da necessidade da alteração do instituto para autoridade parental

Toda ciência possui formas de comunicação próprias a si, como que combinações que geram significados que se tornam relevantes ao mundo de que são analisadas e aplicadas. São conceitos e equações que reconhecíveis na maior parte dos prismas de um ramo de conhecimento.

Em se tratando de teorias gerais, a doutrina tem se manifestado pela explicação do termo “poder” como *força, ou uso de força permitido ou determinado por uma autoridade, força com poder de coerção, força-sanção*.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 17ª.ed, São Paulo, Saraiva, 2002 *apud* ALVES, Jones Figueirêdo. Revista do Advogado. Ano XXVII. Maio de 2007. N° 91. Alimentos de pessoas desprovidas de vínculo parental ou de parentes em condições de prestá-los.P.79/91

O Direito como ciência está, na expressão da lei, como regulador de conflitos, devendo antecipar-se a tais, ao menos em grande parte das desavenças. As contendas não acontecem no âmbito das ideias. Neste campo temos as discussões. Os dissídios são do plano concreto.

A letra da lei, por sua vez, é determinada para o entendimento do HOMEM MÉDIO, isto é, para a maioria da população, que não compreende o termo “poder” como obrigação decorrente de uma condição de fato. O homem médio tem “poder” como possibilidade, ou faculdade, ou seu direito. E é assim que o uso inadequado dos termos que condicionam o cotidiano – exemplo é o termo “poder” atrelado ao conceito de “família” – tornam a lei menos saneadora e mais instrumento de anomalias.

Famílias são núcleos da sociedade e nascem do relacionamento entre pessoas, de forma natural, a exemplo da formação de sistemas naturais. As famílias assim formadas tornar-se-ão sistemas onde direitos e deveres se comunicarão, nascerão, serão transformados e até extintos. Assim, por normas vista e regulamentada, passa a ser sistema ou fazer parte de um sistema arbitrário, portanto artificial, a saber, o Direito.

Realçamos que, o que a Constituição Federal chama de família, é o que as leis infraconstitucionais e a doutrina consolidaram ser entidade familiar, com nuances de composição que admitem a família sem filhos, família de somente uma pessoa, mais de um pai e/ou mais de uma mãe e outras formas.

Parece lógico a escolha do legislador do século passado em escolher o termo "poder" para nominar esse instituto, PÁTRIO PODER, como também não nos espantou o entendimento de que se excluísse o termo “pátrio” que muito restrito a “*pater*”.

Ocorre que observarmos que o que fora retirado da nova terminologia fora a questão entre homem/mulher e não a ideia de cuidados da prole, mantendo assim a palavra "poder". Juristas explicaram que não era poder simples, muito mais sempre deveria ter sido poder-dever na sua execução, o PODER FAMILIAR.

Como resultado se constata o abuso desse poder ou o não cumprimento negligente das obrigações a ele inerentes, simplesmente porque ele é lido como possibilidade, apenas como uma faculdade ou até mesmo como direito

dos pais em detrimento do direito do menor. Tais resultados é que terão consequências jurídicas, previstas na lei.

No Código Civil vigente, temos a seguinte previsão no artigo 1637:

“Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.”.

Já no Estatuto da Criança e do Adolescente essa suspensão ou perda é prevista no artigo 24, uma vez que forem descumpridos os deveres previstos no artigo 22 do mesmo ordenamento jurídico, como *in verbis*:

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

Como nos ensina Rolf Madaleno³⁷

"A suspensão do poder familiar é medida temporária e será mantida enquanto se mostra necessária, sendo muito frequente a sua aplicação judicial nas disputas sobre o sagrado direito de visitação, quando o genitor guardião, por mera vindita procura obstruir as visitas do outro progenitor, tratando o Judiciário de alterar a guarda, como também de suspender pelo poder familiar quando constatar uma nefasta ascendência do pai ou da mãe sobre o indefeso independente, verdadeiro clima de transferência de responsabilidade e uma desmedida e covarde, cobrança de dever de lealdade, aterrorizante o inocente filho pelas faltas que nunca causou (...)"

O uso indevido do poder familiar muitas vezes é decorrente do desconhecimento do significado do termo poder. Esse mau uso leva as consequências supracitadas – suspensão e/ou destituição do poder familiar.

³⁷ MADALENO, Rolf. Guarda Compartilhada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

E assim, se chega à necessidade da alteração da expressão utilizada em nosso ordenamento jurídico.

O Direito Comparado nos traz a ideia de como a utilização adequada da expressão auxilia na compreensão do objetivo que os pais têm que possuir em relação a seus.

O Código Civil Alemão em seu § 1626 aduz a noção de "cuidado parental" - *elterliche Sorge*; já o Código Civil francês em seu artigo 371 -1, define como *l'autorité parentale* como um conjunto de direitos e deveres que visam ao melhor interesse da criança e por fim o advento Children Act de 1989 da Inglaterra, utiliza a expressão *parental authority*.

No entender de Luiz Edson Fachin³⁸, não trata-se de uma relação de mera subordinação dos filhos perante aos pais, mas sim uma relação recíproca do qual o desenvolvimento dos filhos também auxilia no desenvolvimento da personalidade dos pais, sendo que a autoridade parental, direciona-se aos filhos, mas também é absorvida pela figura dos pais e assim nos traz o entendimento de Antunes Varela³⁹: "*a educação do menor corresponde não apenas ao interesse do filho, mas também à plena realização da personalidade dos pais*".

Contudo, também não podemos esquecer que esse instituto como já abordamos decorre da paternidade e da filiação independente da dissolução do casamento ou união estável e é nesse outro aspecto que a alteração da expressão utilizada poderia ser bem mais compreendida, evitando assim, quiçá a tão atual alienação parental.

É corrente a fala de que na dissolução de uma sociedade conjugal – pouco importando o regime de bens estabelecido para sua regência, ou o regime de convivência ou visita que passa a vigor para os filhos – estes sempre sentem a ruptura, comumente há traumas. É senso comum, é também estatístico.

Mas, quando são seres ainda em formação e que segundo a lei essa formação necessita ser formalmente observada e concluída, em benefício deles e de todo o conjunto social, é que a sociedade tem que se ater e entender o que deve e se pode exigir desse sistema, que já se encontra desequilibrado, e que cumpra o seu papel, segundo determinado por essa lei.

³⁸FACHIN, Luiz Edson. Revista do Advogado. Ano XXXI. Junho de 2011. N° 112. Do pater famílias à autoridade parental. P. 99/103

³⁹VARELA, Antunes. Direito de Família. Lisboa: Petrony, 1982 *apud* FACHIN, Luiz Edson. Revista do Advogado. Ano XXXI. Junho de 2011. N° 112. Do pater famílias à autoridade parental. P. 99/103

Quem cobrará? A sociedade ou o Estado? Certamente que os dois, cada um a seu tempo, conforme o próprio sistema (família) não tiver cumprido as necessidades desses menores.

Sabemos que o que devemos pedir e cobrar é que se cumpra o melhor interesse do menor, contudo, no que tange o melhor interesse da criança e do adolescente, mencionado no Capítulo XI em seus artigos 1583 e 1590 do Código Civil, ainda existem algumas interpretações equivocadas, tendo em vista a subjetividade do princípio e até mesmo por confundirem com os deveres inerentes da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente ou com a capacidade econômica dos pais dos menores.

O que demonstramos assim, é que independentemente dos pais dos menores estarem ainda conjugalmente juntos ou não, se a base financeira da família é de responsabilidade do homem, da mulher ou de ambos, se a responsabilidade pelo desenvolvimento do menor seja exclusivo da mãe ou dos pais, ou até mesmo de um tutor, o que não pode ficar em dúvida é a interpretação exata do que se trata o instituto do poder familiar.

Além disso, buscamos explicar que esse instituto não se trata de um poder de mando visando um entender subjetivo dos pais ou até atendendo os seus próprios desejos, que pode até mesmo pelo mau uso, cometer a alienação parental, ter suspenso ou perder essa responsabilidade.

Demonstramos que o legislador, ao primar pela necessidade da igualdade de gêneros, deixou de observar que havia a necessidade de alterar não apenas a nomenclatura "pátrio", mas também a nomenclatura "poder", para que a família que possui a segurança Constitucional conseguisse ter uma inclusão por completo de todos os entes familiares em conjunto, o que talvez necessite de mais algumas evoluções históricas para que isso ocorra.

Conclusão

No presente artigo buscou-se demonstrar que mesmo com a evolução histórica do nosso ordenamento jurídico, desde o Código Civil de 1916 até os tempos atuais – trespassando pelas normas constitucionais e infraconstitucionais – ainda há a necessidade de alterações em determinadas nomenclaturas atualmente

utilizadas para que a família esteja realmente segura quando da interpretação de seus institutos.

Modificar a nomenclatura do Poder Familiar para Autoridade Parental significa atender à visão de qual tal instituto não visa relação unilateral dos filhos menores não emancipados perante a obediência absoluta aos seus pais ou tutores, mas sim que a responsabilidade sobre o menor nas questões físicas, morais, sociais ou psíquicas é uma troca da família com esse, pois família está definida pela própria lei civil como sendo composta de todos que descritos na relação de parentesco.

Por fim, sendo o Direito, tanto de maneira ampla, como específica quando se apresenta em forma de Lei, é destinado a compor a harmonia social, e porque direcionado ao homem médio, a interpretação das terminologias que utiliza devem refletir o desejo do legislador e cumprir o fim para o qual a norma foi criada.

A substituição da palavra “família” por “parental” adéqua o uso do instituto ao que a sociedade e a lei já concordam e utilizam, ao passo que a mudança do termo “poder” por “autoridade” evita o uso indevido do instituto como resultado de interpretação equivocada do primeiro vocábulo, reduzindo entre outros conflitos a alienação parental, abandonos e outros abusos que podem confluir para a suspensão ou mesmo a perda dos direitos e deveres entre familiares. A existência do risco à família justifica a alteração para “Autoridade Parental”.

Referências

ALVES, Jones Figueiredo. Revista do Advogado. Ano XXVII. Maio de 2007. N° 91. *Alimentos de pessoas desprovidas de vínculo parental ou de parentes em condições de prestá-los.*

ASSIS, Olney Queiroz; FREITAS, Márcia. *Tratado do Direito de Família. Interpretação Doutrinária, Jurisprudência Comentada, Legislação Referenciada e Prática Processual.* São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado.* 24ª Edição. Porto Alegre. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1941.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Brasília, DF, out 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 29 jun.2018.

BRASIL. LEI N° 3.071, DE 01 DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, jan 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 29 jun.2018.

BRASIL. DECRETO-LEI N° 5.213, DE 21 DE JANEIRO DE 1943. Modifica o art.16 da lei sobre a organização e proteção da família, Rio de Janeiro, RJ, jan. 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De15213.htm>. Acesso em: 29 jun.2018

BRASIL. LEI N° 4.121, DE 27 DE AGOSTO DE 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, Brasília, DF, ago 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 29 jun.2018.

BRASIL. LEI N° 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processo, e dá outras providências, Brasília, DF, dez 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 29 jun.2018.

BRASIL. LEI N° 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, Brasília, DF, jul 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 jun.2018.

BRASIL. LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 jun.2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias. 9ª. Ed. Atualizada e ampliada de acordo com a Lei 12.344/2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FACHIN, Luiz Edson. Revista do Advogado. Ano XXXI. Junho de 2011. N° 112. *Do pater famílias à autoridade parental*.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Revista do Advogado, Ano XXVII, Maio de 2007. N° 91. *A guarda e o exercício do direito de visita*.

MADALENO, Rolf. *Guarda Compartilhada de Filhos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da, Vários Autores. *Código Civil comentado*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

TAVARES, Regina Beatriz. Revista do Advogado, Ano XXVII, Maio de 2007. Nº 91
Afetividade e responsabilidade nas relações de família.

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A DIFICULDADE NA APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Rosangela Regina Alves

Advogada. Membro da Comissão de Direito Contemporâneo da OAB-SBC. Membro associado da ADFAS - Associação de Direito das Famílias e Sucessões. Pós graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Escola Superior de Advocacia OAB/SP – Núcleo São Bernardo do Campo.

Resumo: O dever do Estado não se resume a uma mera resposta jurisdicional, mas exige a prestação de uma tutela efetiva, que atenda ao princípio constitucional da razoável aplicação do previsto na Carta Magna com relação ao melhor interesse da criança. Entretanto, a demora na prestação da tutela jurisdicional e a falta da devida aplicação por falta de experiência e conhecimento dos profissionais atuantes na esfera do direito de família continua a ser um dos males contemporâneos causadores de adultos mal resolvidos e problemáticos de nossa sociedade.

Palavras-chave: Alienação. Princípio. Dificuldades de Aplicação. Interesse do Menor. Profissionais. Experiência e Conhecimento.

Resumen: El deber del Estado no se resume a una mera respuesta jurisdiccional, sino que exige la prestación de una tutela efectiva, que atienda al principio constitucional de la razonable aplicación de lo previsto en la Carta Magna con relación al mejor interés del niño. Sin embargo, la demora en la prestación de la tutela jurisdiccional y la falta de la debida aplicación por falta de experiencia y conocimiento de los profesionales actuantes en la esfera del derecho de familia sigue siendo uno de los males contemporáneos causantes de adultos mal resueltos y problemáticos de nuestra sociedad.

Palabras clave: Alienación. Principio. Dificultades de aplicación. Interés del menor. Profesionales. Experiencia y conocimiento.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Alienação Parental. 3. Princípios na Constituição Federal. 4. Princípio do melhor interesse da criança. 5. Dificuldade na aplicação pelo poder judiciário. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

De forma geral, o judiciário atual busca atrelar às necessidades que o menor possui com as decisões tomadas apenas verificando as condições financeiras. Com isso, se tem sensação de que naquele momento foi apresentada a melhor solução para aquele caso. Porém as decisões tomadas aos casos concretos representam muito mais do que a satisfação de necessidades básicas no sentido financeiro, vê-se nesse ponto, as dificuldades da aplicação do melhor interesse aos menores que visam tornar-se os adultos do futuro por vezes mal resolvidos, as vezes com o caráter problemático.

Para tanto, foi utilizado como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica, por meio de estudo levantado no sentido de saber qual é realmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

A partir da análise da problemática em casos concretos foi possível perceber a importância em ter profissionais com experiência e conhecimento que possam pautar um relatório, para que os juízes consigam tomar a decisão mais correta ao caso concreto respeitando o interesse do menor.

Enfim, por meio do estudo realizado e das sugestões pedagógicas apresentadas foi possível confirmar que o judiciário precisa verificar qual sua abrangência e se deve ser maior do que se pensa, e se devem preocupar-se com os casos que estão extrapolando os limites da família, o que causa uma insegurança jurídica de forma geral.

Verônica A. da Motta Cesar-Ferreira⁴⁰, introdutora da visão psicojurídica no Direito de Família, afirma que *os estudiosos da Psicologia em Desenvolvimento sempre estiveram preocupados com o encontro de padrões infantis, mentais e cognitivos, que orientem para meios adequados de educação das crianças. Da forma como se tratam as crianças, desde o útero materno, vai*

⁴⁰ CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação uma visão psicojurídica*. 4ª. Ed. Atualizada e ampliada. Curitiba(PR): CRV, 2017, p. 105

depender seu desenvolvimento físico, seu equilíbrio emocional e seu relacionamento com o mundo.

Por conseguinte, em casos de separação ou divórcio, onde pai e mãe continuam a deter o poder familiar, e deverá ser instituída a guarda dos filhos⁴¹, o judiciário precisará buscar mecanismos para vincular as necessidades reais das crianças e dos adolescentes que possui as características de hipossuficiente em todos os aspectos. Com isso, o judiciário precisará apresentar formas e decisões que representam muito mais do que a satisfação de necessidades básicas, vê-se nesse ponto, estratégias de desenvolvimento de equipes multidisciplinares que visam tornar as crianças e os adolescentes adultos sadios e capazes de viverem em sociedade.

Os profissionais envolvidos no caso precisam ter experiência e conhecimentos para ajudar as famílias, que os estudos e acompanhamentos sejam feitos com uma equipe multidisciplinar, facilitando assim uma aplicação adequada ao caso tratando a família como um todo e não somente no problema apresentado, afinal o tratamento como um todo poderá evitar problemas que possam a vir acontecer.

Os menores têm o direito fundamental garantido em nosso ordenamento jurídico, em se desenvolverem de forma sadia e completa. O modo de se relacionar com as crianças pode evitar riscos desnecessários e protege-las nos caminhos da vida.

Conforme as crianças começam a desenvolver, sua personalidade também segue o mesmo ritmo, tudo ao seu redor contribui para seu aprendizado, tudo que ocorre nessa fase reflete em sua vida adulta não importa qual ocorrência, que pode ser boa ou ruim, todas as experiências contribuem de alguma forma para o desenvolvimento do caráter e da personalidade dos menores e os futuros adultos.

O judiciário não tem a preocupação com suas decisões, com isso gera um problema maior, não se sabe se por conta do volume de processos e a necessidade de resposta ao litígio rápido, mas com certeza por falta de profissionais com experiência que os obrigam a tomar decisões muitas vezes equivocadas.

A sociedade em conjunto com os operadores do direito e o Estado precisa se organizar, se posicionar quanto às necessidades de melhorias,

⁴¹CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação uma visão psicojurídica*. 4ª. Ed. Atualizada e ampliada. Curitiba(PR): CRV, 2017, p. 105

procurando ter ciência de quando uma manutenção ao caso será viável, ou em alguns casos, quando a reforma será necessária. Nesse contexto, a proposta de uma equipe multidisciplinar com experiência e conhecimento na área se faz urgentemente e indispensavelmente mais eficaz para se achar uma decisão mais plausível.

Muitas vezes uma decisão judicial põe fim a um conflito entre os demandantes. Entretanto em razão de desavenças posteriores entre ambos ocorre restrição de liberdade por falta de cumprimento da obrigação alimentar e, neste caso por exemplo, a decisão da prisão pode causar um dano ao desenvolvimento da criança que se forma diante de inúmeros desencontros, formando um adulto problemático, vez que além do devedor não satisfazer o financeiro garantindo os alimentos, a prisão por si só, garante a punição tanto para o genitor devedor, quanto para o menor que ficará sem receber os alimentos e ainda não terá contato o genitor.

As crianças começam a sofrer por não entenderem o que está acontecendo e o real motivo do que está acontecendo, isso pode gerar problemas como a Alienação Parental que fere profundamente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, além de fazer com que a formação do caráter seja prejudicada.

O trabalho estrutura-se em estudos para aplicações, apresentando-se em abordagens e definições acerca do melhor interesse da criança e do adolescente como direito fundamental, baseado em autores, convenções internacionais, leis, além da evolução do direito de família e sua importância e do planejamento para se ter o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Envolvendo origem, e mencionando a importância da gestão/aplicação no processo e atribuindo ao caso concreto uma decisão mais viável aos menores, o estudo de caso, com análise da organização objeto do artigo, envolvendo sua identificação, breve histórico e demais itens que compõem a efetividade dos Serviços que devem ser prestados pela sociedade, operadores do direito e judiciário, e como estes precisam em conjunto com o Estado buscar a melhor solução observando o dever de proteção.

2. A alienação parental

Após a separação judicial ou o fim da união estável e em seguida a disputa de guarda, começa o problema que é o fato mais importante, e muito atual, que trata de um artifício usado pelos pais nessas disputas de guarda: A Síndrome de Alienação Parental.

Essa alienação é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie o outro genitor e normalmente acontece sem nenhuma justificativa plausível.

Como a criança é levada a odiar o outro genitor, acaba perdendo um vínculo muito forte com uma pessoa na qual é importante para a sua vida, com consequências para si e também para o genitor vítima⁴².

A alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação. Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças.

Inúmeras são as definições encontradas para conceituar a alienação parental. Entretanto, sob a visão psicojurídica⁴³ tem-se que *a alienação parental, consiste em esforços encetados por um dos genitores no sentido de afastar os filhos do outro e retirar-lhes o afeto pelo genitor alienado.*

A alienação parental constitui prática que pode se instalar no arranjo familiar, após a separação de fato, da união estável ou o divórcio, quando há filho do casal que esteja sendo manipulado por genitor para que, no extremo, sinta raiva ou ódio contra o outro genitor. É forma de abuso emocional, que pode causar à criança distúrbios psicológicos (por exemplo, depressão crônica, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento,

⁴² TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito – Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, p.160/161.

⁴³CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação uma visão psicojurídica*. 4ª. Ed. Atualizada e ampliada. Curitiba(PR): CRV, 2017, p. 112

comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade) para o resto de sua vida⁴⁴.

A proporção de homens e mulheres que induzem distúrbios psicológicos relacionados à alienação parental nos filhos tende atualmente ao desequilíbrio.

Todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados deve ser coibido. A família moderna não pode ser vista como mera unidade de produção e procriação; devendo, ao revés, ser palco de plena realização de seus integrantes, pela exteriorização dos seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade.

A presente proposição, além de pretender introduzir uma definição legal da alienação parental no ordenamento jurídico, estabelece rol exemplificativo de condutas que dificultam o efetivo convívio entre criança e genitor, de forma a não apenas viabilizar o reconhecimento jurídico da conduta da alienação parental, mas sinalizar claramente à sociedade que a mesma merece reprimenda estatal.

3. Princípios na Constituição Federal

Antes de uma análise sucinta sobre os princípios constitucionais, cabe lembrar as lições de ROBERT ALEXY⁴⁵, no que tange às diferenças entre regras e princípios, a saber:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem, ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

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 e nem menos. Regra contém,

⁴⁴ TRINDADE, Jorge. Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver / Maria Berenice Dias, coordenação – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

⁴⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva, 5ª. Ed. Alemã), 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90-1

portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática 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”.

Inegável a enorme quantidade de princípios informadores do moderno Direito de Família, porém de alta complexidade. Temos no ordenamento jurídico os princípios gerais e os especiais – próprios e peculiares ao Direito de Família.

Como gerais salienta-se a dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação ao retrocesso, enquanto dentre os especiais destaca-se, para a matéria abordada, a proteção plena à criança e ao adolescente, solidariedade familiar, afetividade, função social da família, e intervenção mínima do Estado.

Dentre os vários há especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana e plena proteção à criança e ao adolescente.

Muito embora de difícil definição, o princípio da dignidade da pessoa humana é composto por um núcleo duro, o mínimo existencial, consoante o entendimento de Ana Paula de Barcellos⁴⁶, que oferece a seguinte explicação:

“(...) O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto, há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. (...)”

Guilherme Freire de Melo Barros, ao comentar a questão assevera:

Com as crianças e adolescentes, a questão é ainda mais sensível. Sua especial condição de pessoa em desenvolvimento indica a necessidade de maior atenção para a tutela de seus direitos fundamentais, a fim de alcançar a dignidade da pessoa humana de forma mais plena possível. Bem por isso, a Constituição da República determina que seus direitos sejam atendidos com prioridade absoluta⁴⁷.

⁴⁶BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 304-305.

⁴⁷BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*. Salvador (BA) Editora Podvivo, 2018, p. 32

Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁸, inspirado em KARL LARENZ, conclui que:

“A dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoa, mas principalmente, no âmbito das suas relações sociais. Assim, é forçoso concluir que o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado também no seio das relações de família. (...) Entre um princípio geral e a sua aplicação ao fato há um caminho a ser seguido e, no presente caso, esse caminho se identifica com a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, a realização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito conforme disposto no preâmbulo da Constituição Federal da República, só se efetivará com a preservação da dignidade da pessoa humana e sua conseqüente observação no seio das relações de família.

4. Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse tem como finalidade precípua a garantia dos direitos inerentes ao menor e ao adolescente, assegurando-lhes o pleno desenvolvimento e sua formação saudável para vida cidadã, impedindo os abusos de poder familiar aplicado pelas partes envolvidas - garantindo a proteção para o regular desenvolvimento da personalidade e do caráter saudável da criança e do adolescente, já que o menor está resguardado como parte hipossuficiente, e tem reconhecida a necessidade da proteção total pela família, sociedade e Estado.

A Constituição Federal de 1988 garante a dignidade humana perante todos os institutos jurídicos que é uma característica e garantia fundamental expressa. Nesse sentido, e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, adotou-se o Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze/ Filho, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, vol. 6. : direito de família : em nova perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Diante de singela análise sobre referido princípio, objetiva-se à preservação máxima dos direitos inerentes à todas as crianças e adolescentes, principalmente os que se encontram em situação de fragilidade que hoje é a grande maioria sejam por guerras pessoais dos pais uns contra os outros, seja pela falta de preparo dos profissionais do judiciário.

As crianças e os adolescentes sempre estarão na posição de fragilidade por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade, tudo ao seu redor poderá e irá influenciar no seu caráter e formação para a vida adulta.

Os menores têm o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais, e isso precisa ser tratado como prioridade, como dispõe o Artigo 227 da Constituição Federal, pactos e acordos internacionais homologados e regulamentados em nosso ordenamento jurídico.

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

Conforme se extrai da disposição contida no artigo 227, no Brasil, a Constituição Federal, determina a proteção integral das crianças e a convivência familiar e social, seguida pelo ECA que determina a priorização do bem-estar do menor.

Perante o desenvolvimento físico das crianças, sua personalidade segue o mesmo ritmo, tudo ao seu redor contribui para seu aprendizado, sejam coisas boas ou ruins, que as ensinam a lidar com os impulsos do que estão aprendendo de diferentes maneiras.

As crianças e os adolescentes se desenvolvem, e o mundo ao seu redor que para eles que estão em fase de aquisição de conhecimento, parece ser real e verdadeiro não tendo ainda um completo juízo de valores. Muitas vezes esse “*mundo real*” não reflete o comportamento da maioria da sociedade o que passa ser mais prejudicial.

O princípio da prioridade absoluta tem como objetivo principal a proteção integral das crianças e dos adolescentes, assegurando a concretização dos direitos fundamentais explicitados na disposição constitucional, bem como estão enumerados no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁹, a saber:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Referida segurança deve levar em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, que a criança e o adolescente possuem diante da fragilidade de pessoa em formação. Dessa forma, a prioridade deve ser assegurada por todos os envolvidos que inclui a família, sociedade, e o Poder Público em geral o que engloba o poder judiciário.

Entretanto, nem sempre o objetivo do melhor interesse prevalece na prática. É comum que os profissionais que atuam na área da família se esqueçam de que o dever de proteção é para a criança e o adolescente e não o pai, a mãe, os avós ou outros parentes.

Diante de tal assertiva, o melhor interesse da criança e do adolescente nem sempre é atingido, uma vez que as equipes não são técnicas na especialidade de família com aprofundamento, e insistem em buscar vínculo jurídico em vez de afeto, o que é essencial para o crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente.

⁴⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90. São Paulo: Saraiva, 2017

Privar a convivência familiar é desrespeitar o princípio do melhor interesse, é deixar a criança e o adolescente sem o gozo do direito fundamental instituído para sua proteção e desenvolvimento.

A proteção dos direitos da criança e do adolescente está sendo tratado como um direito fundamental, e internacionalmente reconhecido por toda comunidade global, após a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, regulamentada pelo decreto 99.770/1990, que reconheceram o direito da criança e do adolescente em poder gozar do melhor em seu desenvolvimento, aplicando esse direito em forma especial com as medidas apropriadas.

Mencionado direito está no interesse desses menores como prioridade, assegurando que todos os setores da sociedade, bem como o judiciário visem buscar uma solução em favor do menor como um todo e não somente no financeiro como pode ser observado, tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial está no interesse pelo bem-estar da criança e também no seu desenvolvimento completo de uma forma saudável.

Quando a família por causa de litígios pessoais ou por usar os menores como forma de vingança contra o outro, começa a interferir no desenvolvimento sadio das crianças e do adolescente, deve ter sua proteção jurídica maximizada, observando a dignidade da pessoa humana consagrada em nossa Carta Magna.

A família é o primeiro espaço social onde as crianças e adolescentes aprendem a ter comunicação e convivência com outras pessoas, onde acontecem trocas significativas para o desenvolvimento de sua personalidade e de valores culturais necessários para seu ingresso no meio social.

Célia Silva Guimarães Barros⁵⁰ ao discorrer sobre a matéria diz que: *“A personalidade é o conjunto de hábitos, atitudes e traços para com as outras pessoas. Ela resulta das experiências e influências que recebemos durante nossa vida. Cada um de nós tem uma personalidade única, diferente de todas as outras”*.

No mesmo sentido Verônica Cesar-Ferreira⁵¹ diz que *a família é a principal responsável pela socialização dos filhos. A partir dessa relação, crianças adquirem valores, crenças e mitos, e assumem comportamentos e habilidades*

⁵⁰ BARROS, Célia Silva Guimarães. *Pontos de Psicologia Geral*. Editora Ática, 9ª Edição, 1991. p. 116.

⁵¹ CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação uma visão psicojurídica*. 4ª. Ed. Atualizada e ampliada. Curitiba(PR): CRV, 2017, p. 107

próprias da idade. A internalização de normas e regras advindas do convívio familiar é que possibilitarão à criança aquisição de autonomia e melhor adaptação social.

Portanto todos os fatores vivenciado na sua trajetória as alegrias, tristezas informações fará parte da personalidade desenvolvida e do caráter formado ao longo da vida adulta. Logo, *o fortalecimento dos vínculos afetivos e o bom relacionamento familiar são fatores de proteção indispensáveis ao melhor desenvolvimento e à conduta saudável dos menores.*⁵²

Inúmeros são os julgados determinando a guarda em observância aos direitos e bem-estar dos filhos, destacando-se decisão do STF, a saber:

“(...) As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do termino litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhe são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e terem opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, a fim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez que inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se as coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito à esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do art. 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário (...)” (STF – Pleno HC 69.303/MG – Rel. Min. Néri da Silveira, diário da Justiça, Seção I, 20 nov. 1992, p. 21.612 – RTJ 144/233)⁵³

Como se vê, toda criança e adolescente precisa de um lar em harmonia, amor e tranquilidade, para desenvolver sua personalidade e caráter de forma sadia. Entretanto, nos casos que chegam ao judiciário, os envolvidos já extrapolaram o bom senso e fazem de tudo para conquistarem suas vontades a qualquer custo, esquecendo o que é melhor para o menor causando danos de difícil reparação para a vida toda nesses futuros adultos.

⁵²CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação uma visão psicojurídica*. 4ª. Ed. Atualizada e ampliada. Curitiba(PR): CRV, 2017, p. 107

⁵³ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2056.

Para que haja a aplicação do melhor interesse, é imprescindível que o direito das crianças e adolescentes sejam respeitados a aplicados de forma a garantir a proteção total, ainda que contrariem o direito dos próprios familiares.

5. Dificuldade na aplicação pelo Poder Judiciário

Conforme já salientado o Estatuto da Criança e do Adolescente que colocou como prioridade em seu texto o melhor interesse da criança veio complementar o espírito da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 227 prioriza o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária.

Diante de tantos conflitos no direito de família, surgiu com prioridade o interesse do menor, que deve ser analisado pelo juiz na disputa entre os pais pela guarda dos filhos, bem como nas revisões de guarda.

Para Eduardo de Oliveira Leite:

“(...) O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor. (...)”⁵⁴

Ocorreram mudanças significativas nas famílias, que antes dava preferência de que a criança permanecesse com as mães na dissolução da sociedade conjugal, hodiernamente está sendo objeto de grandes alterações devido à evolução familiar, como consequência da própria evolução da mulher na sociedade e no mercado de trabalho. Desta forma, a preferência da guarda unilateral

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 195.

que antes era dada à mãe vem sendo modificada. Por esse motivo, os profissionais do Direito e outras áreas ligadas ao Direito de Família, precisam entender e aplicar o melhor critério a ser utilizado pelos magistrados que é o do melhor interesse da criança, “como prioridade absoluta determinando a convivência comunitária e familiar”.⁵⁵

O entendimento é que seja a figura familiar imprescindível na vida dos menores, o envolvimento ininterrupto no ceio familiar mesmo que haja a dissolução da convivência conjugal entre os genitores.

Tânia Da Silva Pereira nos ensina que “o compromisso do profissional do direito não pode ser outro, senão encontrar uma solução para o conflito familiar”.⁵⁶

O poder judiciário, e os profissionais que atuam com casos de família, infelizmente, tentam resolver os conflitos pensando sempre na condição financeira de quem irá ficar com o menor, esquecendo-se de que para sermos um cidadão completo é preciso aprender não somente o valor financeiro, mas o convívio com todos os membros da nossa família seja consanguíneo ou parentes por afinidade. O que se deve visar é sempre o crescimento do menor em um ambiente de amor, carinho, união, proporcionando um desenvolvimento saudável ajudando a formar o caráter das crianças e adolescente e seus valores quanto membro da família e da sociedade.

A importância da aplicação de uma proposta de profissionais experientes frente ao desenvolvimento dos menores para vida adulta se torna cada vez mais indispensável para o direito de família e sucessões.

Muitas vezes uma decisão judicial põe fim a um conflito entre os demandantes. Entretanto causa problemas posteriores a um deles como a Alienação Parental que fere profundamente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que por vezes se veem compelidos a escolherem um lado seja porque um dos genitores possui poder aquisitivo maior que o outro, fazendo com que o menor não queira ficar com o genitor de menor poder aquisitivo, ou seja, começa uma campanha para destruir a imagem do outro.

Os principais sintomas da alienação parental são: não deixar o outro genitor falar com a criança ao telefone; fazer passeios com a criança nos dias em

⁵⁵ PEREIRA. Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*, 2ª Edição, 2008. p. 288.

⁵⁶ PEREIRA. Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*. 2ª Edição, 2008. p. 341.

que o outro genitor teria o direito de visita; apresentar o novo companheiro para as crianças, como sendo seu pai, ou mãe; não dar informações ao outro genitor sobre as atividades do filho; falar mal do companheiro do outro genitor; “esquecer” de avisar o genitor de compromissos do filho, como médico, psicólogo; tomar decisões importantes a respeito do filho sem consultar ao outro genitor; ameaçar a criança de punição se ela tiver contato com o outro genitor; oferecer bens materiais e alegar que com o outro genitor ele não terá tais bens ou mordomias.

Há que se ressaltar que a síndrome da alienação parental, é uma doença de difícil constatação, que pode deixar sequelas permanentes na criança.

Conforme alerta Giselle Groeninga,

“(...) não é raro os pais projetarem na criança sentimentos e características próprios deles adultos, que acabam atribuídos aos filhos em consequência do mecanismo psíquico da projeção, que dificulta a percepção das reais necessidades da criança em consequência da confusão com os sentimentos dos pais

(...)

essa confusão se torna ainda mais traumática quando a violência de confundir a criança com um pequeno adulto não é reconhecida como tal, sendo inclusive descaracterizada, na ilusão de ser esse seu melhor interesse”.⁵⁷

Para Washington Silva *apud* Eduardo de Oliveira Leite:

“Não se trata de fenômeno novo, como observa Eduardo de Oliveira Leite, de Eurípedes, obra clássica que reflete o renovado inconformismo do genitor que, embora tenha regularizado seu estado civil, deixando de ser casado, não se separa emocionalmente do outro cônjuge ou companheiro, utilizando o filho como instrumento de vingança. Na tragédia apontada, vê-se que medeia, traída por seu marido, Jasão, por não aceitar o abandono provocado pela infidelidade, passa viver um grande sofrimento, causando a morte dos próprios filhos como forma de punição a Jasão, para que ele sofra o afastamento dos filhos em toda sua existência.”⁵⁸

Maria Berenice Dias acentua:

⁵⁷GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar*. In: AASP: Revista do advogado. n. 62, março de 2001. p. 72-83.

⁵⁸LEITE. Eduardo de Oliveira. *Alienação Parental: do mito à realidade, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 89/96.*

“Apesar da regulamentação legal, tanto o descumprimento do regime de convivência como a prática de alienação parental não impõem qualquer sanção a quem assim age. As consequências estabelecidas na lei (por exemplo, redução de prerrogativas, alteração da guarda ou suspensão da autoridade parental), são medidas que vêm em benefício do filho, em razão do agir indevido de um de seus pais. A Lei^o 13.431, em vigor a partir de 05 de abril de 2017, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Reconhece como forma de violência psicológica os ato de alienação parental (art. 4^o, II, b), sendo assegurado à vítima o direito de, por meio de seu representante legal, pleitear medidas protetivas contra o autor da violência, à luz do disposto no ECA e na Lei Maria da Penha (art. 6^o e parágrafo único).O ECA assegura a crianças e adolescentes aplicação de medidas de proteção quando vítimas da omissão ou do abuso dos pais ou responsáveis (ECA, art. 98, II), atribuindo-lhes a obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais (ECA, art. 22). Verificadas as hipóteses de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, a autoridade judiciária pode determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, além da fixação provisória de alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor (ECA, art. 130 e parágrafo único).A Lei Maria da Penha autoriza o juiz a aplicar, além das medidas protetiva elencadas, medidas outras, sempre que a segurança da vítima ou as circunstâncias o exigirem (LMP, art. 22 e § 1^o). Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, pode o juiz requisitar o auxílio da força policial (LMP, art. 22 § 3^o) e, a qualquer momento, decretar a prisão preventiva do agressor, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (LMP, art. 20). E, agora, o descumprimento das medidas protetivas de urgência tornou-se infração penal (Lei 13.641, de 3/04/2018): pena de detenção de 03 meses a dois anos. Deste modo há que se reconhecer que nas mesmas penas incorre quem pratica atos de alienação parental, considerados como violência psicológica que afronta os direitos e garantias de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Descumprida medida protetiva que assegure, por exemplo, o exercício da guarda compartilhada, além de o juiz decretar a prisão preventiva do infrator – pai, mãe ou responsável – fica ele sujeito a processo criminal. Esta é a grande novidade. Reconhecida a alienação parental como violência psicológica, pode o juiz aplicar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha (Lei 13.431/2017, art. 4^o, II, b) e art. 6^o). Descumprida a medida imposta, além da prisão preventiva (LMP, art. 20) o alienador comete crime de desobediência (LMP, art. 24-A, acrescentado pela Lei 13.64/2018).Ou seja,

pela vez primeira é possível penalizar quem – ao fim e ao cabo – deixa de atentar ao melhor interesse dos filhos”⁵⁹.

Ao contrário do texto acima publicado e em respeito total ao pensamento da autora, não pode o judiciário aplicar sanções criminais, inclusive de prisão, por razões de problemas nas esferas do direito de família, porque assim estará extrapolando as justiças especializadas e causando maior dano do que solução.

Nos casos de direito de família os envolvidos devem buscar uma solução de tratamento, sem privar os menores do convívio familiar que é imprescindível para seu desenvolvimento como cidadão em nossa sociedade.

Os fatores que determinam a compreensão e a necessidade das mudanças no método de acompanhamento das famílias, precisam ter a visão que para o melhor cuidado da criança como solução para o desenvolvimento do caráter se faz necessário um tratamento diferenciado e adequado para família como um todo visando sempre o Interesse do menor.

Sem sombra de dúvidas que os limites determinantes para o exercício da autoridade parental não podem ser considerados somente os meramente físicos. Há de se considerar que a violação ao direito constitucional de convivência familiar a salvo de violência, crueldade e opressão, a exposição deliberada da criança e do adolescente a conflitos de lealdade ou sua indução a falsas memórias, constituem abusos ilícitos em si, conforme disposição contida no artigo 227 da Constituição Federal e artigo 17 do Estatuto da Criança e Adolescente.⁶⁰

Art. 17. “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

⁵⁹DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: Agora alienação parental dá cadeia. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13105\)Agora_alienacao_parental_da_cadeia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13105)Agora_alienacao_parental_da_cadeia.pdf). Acesso em: 12 junho.2018.

⁶⁰PEREZ, Elizio Luiz. *Breves comentários acerca da Lei de Alienação Parental*. Coordenação Maria Berenice Dias. Incesto e Alienação Parental – Realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª. Ed. Ver. Atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança implantou em nosso ordenamento jurídico o princípio do melhor interesse da criança através do art. 3.1, nos deixando mais um dispositivo para garantir a proteção dos menores.

A regra de indução vem das normas expressas em nosso ordenamento jurídico, o princípio do melhor interesse encontra-se disposto no art. 3.1, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança,⁶¹ bem como no art. 100, parágrafo único, IV, do ECA, não deixando qualquer dúvida quanto à sua aplicabilidade, e vinculação tanto aos operadores do direito, quanto sociedade à sua observância, bem como vincula todo judiciário.

Artigo 3.1 “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Artigo 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fort

(...)

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (...)”

Na aplicação das medidas devem-se levar em conta as necessidades físicas, psicológicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Nesse sentido, a garantia do melhor interesse do menor permite o desenvolvimento do caráter, personalidade e a dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

A maioria das decisões do judiciário são baseadas em estudos de profissionais que se quer tem experiência e conhecimento suficiente para pautar um relatório, fazendo que tais documentos sejam baseados sem qualquer estudo aprofundado ou em acompanhamentos das famílias.

Os profissionais da equipe técnica precisam ter experiência e conhecimentos na área para ajudar as famílias a encontrarem o melhor caminho

⁶¹ Convenção sobre os Direitos da Criança UNICEF, 2016. Acesso 04.06.2018.

para todos, inclusive, que os estudos e acompanhamentos sejam feitos com uma equipe multidisciplinar, para que todos os envolvidos possam ajudar a criança e adolescente de uma forma eficaz, contribuindo para crescimento maduro, um caráter sadio para a vivência em sociedade em conjunto com sua família.

Algumas decisões, que por muitas vezes são baseadas em documentos elaborados por pessoas que realizaram apenas uma entrevista com os litigantes, e o pior no mesmo dia, estudos que não são feitos adequadamente quando envolve pessoas residentes em municípios diferentes, impossibilitando um estudo completo por parte destes profissionais que possam efetivamente pensar na criança ou adolescente como pessoa que tem direito ao melhor crescimento como cidadão, mesmo que haja um conflito entre seus pais ou parentes.

Para que a aplicabilidade significativa aconteça, é necessário conforme explicado acima que o tema a ser trabalhado seja igualmente significativo para judiciário. Além do apoio de várias áreas envolvidas, a sociedade precisa também se atentar e começar a participar efetivamente para que a mudança aconteça, com o apoio de recursos que facilitem a aplicação desse direito fundamental.

6. Conclusão

Considerável avanço ocorreu no Direito com o amparo legal no que tange às garantias dos menores, uma vez que as crianças são o futuro de todo e qualquer país, e da sociedade como um todo, nunca deixando de perseverar pela melhora de normas jurídicas nacionais e internacionais, além de mecanismos que efetivem e tragam eficácia no desenvolvimento de nossas crianças e adolescentes.

Para resolver o impasse existente, deve o judiciário buscar profissionais experientes, dotados de conhecimento atualizado sobre o direito de família em sua forma universal, garantindo, assim, que o princípio do melhor interesse do menor seja aplicado adequadamente ao caso concreto e a realidade de cada família envolvida.

Entende-se que um determinado conflito ao ser levado para apreciação do Poder Judiciário, objetiva-se sua resolução. E, dependendo da gravidade da situação, muitas vezes, o juiz não encontra alternativa senão acatar o pleito e determinar a realização de estudos psicossociais que por vezes são feitos

por profissionais sem experiência ou conhecimento, que através de relatórios acabam induzindo uma decisão equivocada, não aferindo a veracidade do que lhe foi noticiado.

Como se não bastasse falta de habilidade dos profissionais que não entendem o real interesse do menor, seja por falta de conhecimento profundo, seja por necessidade de resolução rápida nos números de demandas, impedem a aplicação e observação do interesse do menor como um direito garantido no ordenamento jurídico e um dever de proteção da sociedade e do Estado.

O que deve ser observado muito claramente, é que em casos em que haja desentendimentos entre os pais, nunca não haverá possibilidade de entendimento em relação aos filhos, e como isso causará a eles grandes prejuízos de ordem emocional e psicológica, além de afetar o desenvolvimento do caráter, por essa razão precisa de acompanhamento multidisciplinar de profissionais.

Logo, é importante compreender que sem o acompanhamento adequado de equipe multidisciplinar com conhecimento na área, não será possível uma melhor aplicação do interesse do menor pelo judiciário.

Nesse sentido, a garantia e proteção do melhor interesse do menor como um direito fundamental será aplicado somente na teoria, pois, na prática não é possível realiza-lo, todo o cuidado precisa ser tomado na hora de uma decisão que de fato influenciará na vida dos menores envolvidos que trarão na sua vida adulta inteira uma bagagem negativa que refletirá na sua vida em sociedade.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva, 5ª. Ed. Alemã), São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS. Célia Silva Guimarães. *Pontos de Psicologia Geral*. Editora Ática. 9ª Edição, 1991.
- BARROS. Guilherme Freire de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*. 7ª. ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora JusPodivm: Salvador, BA, 2018.
- CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação uma visão psicojurídica*. 4ª. Ed. Atualizada e ampliada. Curitiba (PR): CRV, 2017.

- Convenção sobre os Direitos da Criança UNICEF, 2016, disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 04.06.2018
- DIAS, Maria Berenice. *Alienação Parental: Agora alienação parental dá cadeia*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13105\)](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13105)). Agora alienação parental da cadeia.pdf. Acesso em: 12 junho.2018.
- DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: Direito de Família*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GRISARD FILHO, W. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar*. In: AASP: Revista do advogado. n. 62, março de 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Alienação Parental: do mito à realidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.195.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. São Paulo: 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREZ, Elizio Luiz. *Breves comentários acerca da Lei de Alienação Parental*. Coordenação Maria Berenice Dias. Incesto e Alienação parental – Realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª. Ed. Ver. Atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- PLANALTO. Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 de junho. 2018.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da; Washington De Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 43ª ed. São Paulo 2016. v. 2.

TRINDADE, Jorge. Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver / Maria Berenice Dias, coordenação – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

DA ALIENAÇÃO PARENTAL: A ALEGAÇÃO DE ABUSO SEXUAL E FALSAS MEMÓRIAS; UM RECORTE JURÍDICO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Silvia Maria Mantovani Puccinelli

Advogada. Funcionária aposentada da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Pós graduanda em Direito Tributário pelo IBET. Associada da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões. Membro da Comissão de Ciência e Tecnologia da OAB/SP.

Resumo: O presente trabalho busca analisar as relações conflituosas provenientes de separação de casais e as consequências do comportamento alienador em relação ao desenvolvimento sadio e equilibrado da criança nesse ambiente de animosidade. Buscamos compreender como o Estado, o Judiciário, a família e a sociedade estão se comportando frente aos casos em que a separação vem acompanhada de Alienação Parental. E como as crianças e jovens vítimas de pais e mães alienadores, que em alguns casos nem percebem o mal que estão causando aos filhos, estão sobrevivendo a esse comportamento nefasto. O problema é complexo, principalmente, quando há implantação de falsas memórias e falsas denúncias de abuso sexual.

Palavras chaves: Alienação parental. Falsas memórias. Abuso sexual. Guarda compartilhada. Falsas denúncias.

Abstract: *This study aims to analyze conflicting relationships arising from marriage separations and the consequences of an alienating behavior to a child's healthy, balanced development in this hostile environment. We set out to understand how the State, the Justice System, the family, and society behave in cases in which separation is combined with Parental Alienation, and also how children and young victims of alienating parents, which in some cases fail to see the damage they're causing to their children, cope with such harmful behavior.*

Sumário: 1. Família. 1.1 Separação. 2. Guarda Compartilhada. 3. Alienação Parental. 3.1. CID - Alienação Parental. 4. Falsas Memórias. Considerações finais. Referências.

Introdução

Com o advento da guarda compartilhada houve a expectativa de que haveria um maior entendimento e que a convivência equilibrada com os genitores favoreceria as relações familiares e conseqüentemente, seriam menores as sequelas para as crianças, diminuindo assim as conseqüências nefastas de uma separação para todos os envolvidos.

Todavia, nas separações em que havia algum tipo de litigio entre as partes, os juízes passaram a negar o compartilhamento. Os (As) alienadores(as) percebendo a oportunidade passaram a usar esse subterfúgio em seu favor, criando um ambiente de animosidade com o ex cônjuge, evitando, assim, o compartilhamento da guarda. Os genitores alienados, pretendendo maior convivência com os filhos, passaram a exigir o compartilhamento e os casos de alienação parental se intensificaram.

O(A) Alienador(a) age como se o filho fosse um prolongamento de si mesmo e tenta afastá-lo do genitor(a) alienado(a) por todos os meios. Não passa telefonemas, recados. Organiza atividades, passeios com os filhos nos dias de visita, não obedece às regras e nem sentenças. Costuma interceptar mensagens e cartas. Não transmite ao outro genitor informações sobre as atividades curriculares e extracurriculares ou não repassa as informações médicas dos filhos. Não o consulta sobre decisões importantes na vida da criança; tais como uma mudança de escola, mudança de endereço, cursos extracurriculares; culpa o genitor pelo mau comportamento dos filhos. Desvaloriza e insulta o alienado.

Tenta afastar a prole do genitor de todas as formas e o extremo dessa tentativa são as falsas denúncias de abuso sexual e por outro lado as mães acusadas de alienação parental se defendem alegando que a Lei 12.318/2010 favorece os pais abusadores, colocando em risco os menores.

Judiciário, peritos judiciais, advogados e demais envolvidos; procuram identificar a realidade, evitando que as crianças sejam prejudicadas em seu desenvolvimento psicológico, social, familiar e emocional.

1. Família

A entidade familiar veio se modificando ao longo do tempo. A família

deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser democrática, baseada no afeto, em uma relação igualitária.

O conceito de família do Código Civil de 1916 é totalmente diverso dos moldes atuais. O marido era o chefe da sociedade conjugal e cabia a ele prover a manutenção, sustentando a esposa e filho. Era o patriarca, com uma atitude distante, preocupado com a situação econômica do lar. A esposa era a colaboradora, cuidava do lar e da educação dos filhos.

A família reconhecida juridicamente era a constituída pelo matrimônio, em muitos casos arranjados pelos pais dos noivos por motivos econômicos. O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. À mulher era atribuída somente a função de colaboradora dos encargos familiares, conforme artigo 240 do mesmo diploma legal.

Em 27 de agosto de 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada e que revogou vários artigos do Código Civil de 1916. A mulher obteve o direito de exercer o poder familiar, mesmo que constituísse novo casamento. Foi uma modificação que a favoreceu, essa passou a ter voz ativa na administração do lar. Era um direito restrito, pois a redação do parágrafo único do artigo 380, explanava que, caso houvesse divergência entre os genitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução daquele conflito.

Novas formações familiares; a nova família contemporânea brasileira é diversificada, temos monoparental formada por mães, formada somente por pais. Temos dois pais, duas mães. A nova família tem a sua base no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade de não se restringir aos laços consanguíneos, mas baseados no amor e na convivência, a filiação socioafetiva.

Atualmente, com o advento do provimento 63 do CNJ, publicado em novembro de 2017, temos a regularização no registro de nascimento, onde pode-se inserir os pais socioafetivos além dos biológicos, extrajudicialmente.

E em muitos casos, os papéis tradicionais foram invertidos, pais cuidam da casa e dos filhos, enquanto mães estão no mercado de trabalho e provem o sustento do lar.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade,

constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver defendida a dignidade humana, assegurada constitucionalmente. E mais: “o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, *preservando a imprescindível dignidade de todos.*”⁶²

1.1. Separação

O fim de um relacionamento conjugal implica em adaptação à nova realidade a todos os seus membros. Dependerá de vários fatores; como era o relacionamento anterior, como ocorreu a ruptura, o que a provocou, o tempo de união, a idade, a existência ou não de filhos, as questões de ordem financeira, e principalmente as mágoas acumuladas durante essa relação e qual o posicionamento dos membros envolvidos a essa questão. Outro fator muito importante é a família estendida, a rede de apoio que envolve o casal e que tanto pode auxiliar nesse momento, como também tumultuar.

Atualmente, com as novas formações familiares, aumento dos casos de separação de casais e novas relações, a criança convive na escola, nos ambientes sociais com essa realidade de perto, facilitando a aceitação da nova situação, mesmo assim, não será sem nenhum trauma, sempre haverá frustrações para aceitação da nova realidade.

Não é a separação em si que provoca desajustes, mas sim as consequências advindas da separação. Como o conflito entre os pais, a falta de convivência com o outro genitor, o uso da criança como “arma” de vingança. Os efeitos psicológicos advindos de uma separação podem acarretar danos irreversíveis às crianças.

Historicamente, as crianças ficavam sob a tutela da mãe, aos pais cabia a parte financeira e a mãe era quem que criava os filhos. Ela ficava, geralmente, em casa se dedicando à educação dos filhos. Nesse contexto os pais gradualmente se distanciavam dos filhos, enfraquecendo os vínculos, o que, em

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson – Curso de Direito Civil -volume 6 – Ed. Atlas 7ª ed. 2015 – São Paulo p.120

qualquer época, causa problemas psicológicos aos filhos, que se sentem abandonados, rejeitados pelos genitores.

Os novos pais têm uma postura diversa, eles querem participar da criação dos filhos, acompanhar o desenvolvimento deles. As mães trabalham e os filhos vão para creches, berçários, escolas bem antes do que iam outrora. Não existe convívio absoluto de mães e filhos, como era outrora. Os novos pais participam ativamente da educação, do desenvolvimento dos filhos e reivindicam o seu lugar quando ocorre a separação. Entendem que a separação é do cônjuge e não do filho. E no caso de uma separação, a solução para essa questão foi a implantação da guarda compartilhada, estabelecido pelo Código Civil nos artigos 1.583 e 1.584 e a edição da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010).

2. Guarda compartilhada

A Lei 13058/2014 comumente chamada de Lei da Guarda Compartilhada, deveria ser intitulada como Lei da Igualdade Parental, pois a convivência compartilhada já existia no ordenamento jurídico desde 2008, quando houve a alteração do Código Civil. E está prevista na Lei da Alienação Parental, Lei 12318/2010 nos artigos 6º e 7º.

A definição da guarda e o estabelecimento do regime de convivência familiar levam em consideração dois fatores: I) o melhor interesse da criança e do adolescente; e II) os vínculos de afetividade entre cada um dos pais e seus filhos. Nem sempre essa convivência familiar é harmoniosa e saudável, o que pode ocasionar a Alienação Parental.

A Guarda Compartilhada passou a vigorar a partir da década de 1990, após a Convenção dos Direitos da Criança que estabeleceu em seu artigo 9º que as crianças deverão ser criadas por ambos os pais. Mesmo residindo com um dos genitores tem o direito de ter a convivência com o outro ampliada e não apenas vê-lo a cada quinze dias como anteriormente. O que corrobora o Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 21 e 22. “Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)” e “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de

sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)”.

Como esclarece Kátia Boulos⁶³:

“(…) diante da separação ou do divórcio dos pais, da dissolução da união estável (...), deve ser garantida aos filhos a oportunidade de deles receberem amor e amparo, inclusive por meio das decisões de ambos em sua formação, mesmo quando não exista consenso, já que: “Ainda que divirjam enquanto casal e guardem ressentimentos recíprocos, o insucesso de sua vida em comum jamais deverá influir nas relações de afeto para com seus filhos e no exercício da autoridade parental (...)”

A guarda deixou de ser a individual para ser de responsabilidade conjunta dos genitores, que dividem igualmente direitos e deveres referentes à prole. Segundo Maria Berenice Dias, “o modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar a posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação com os filhos com seus genitores. A mudança foi significativa, ao menos era para ter sido.

O fato é que, de forma quase unânime, os juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada sempre que reinava clima de animosidade ou beligerância entre os genitores. Mesmo depois de reiteradas decisões do STJ reconhecendo dita possibilidade, os juízes insistiam em negar o compartilhamento. Com isso acabaram, mais uma vez, cedendo à vontade de quem não queria dividir a guarda. Bastava manter-se em conflito com o outro genitor.”⁶⁴

Novamente o judiciário teve que fazer ajustes para se adaptar a essas situações de tentativas de rupturas e preservar a criança, maior interessada em uma situação estável e que lhe favorece o desenvolvimento.

⁶³ BOULOS, Katia. SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO, Theodureto de Almeida (coords.). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64-99

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Novo Conceito de Compartilhamento: Igualdade Parental. Revista IBDFAM Família e Sucessões. 2015 p. 12-13

É preciso que o poder judiciário adote uma posição firme no sentido de determinar a perícia psicológica e a garantia de seu cumprimento, sem interrupções bruscas e indevidas por parte do alienante temeroso do resultado, por certo desfavorável para si. O alienado precisa ter garantido seu direito de reverter o quadro de alienação antes que se instaure definitivamente. O alienante muitas vezes se beneficia da morosidade da justiça e continua seu processo de alienação por anos.⁶⁵

Regina Beatriz, em um artigo recente ressalta que o entendimento da jurisprudência, que reconhece que, em se tratando de guarda, o ponto central é o melhor interesse do menor, não devendo haver espaço para discussões referentes às mágoas do antigo casal. A guarda compartilhada costuma atender de maneira mais benéfica aos interesses do menor, motivo pelo qual ela deve ser implantada sempre que possível.⁶⁶

3. Alienação parental

A Alienação Parental não é novidade, apenas a nomenclatura é. Na mitologia grega temos a história de Jasão e Medéia. Jasão apaixonado por outra mulher, Glauce, e por ela abandona Medeia, filha do rei. E esta, tomada por uma raiva desmedida, mata todos os filhos do casal para se vingar.

Síndrome de Alienação Parental (SAP), é o termo proposto por o professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, Richard A. Gardner em 1985, depois de observar o elevado número de ações pela guarda dos filhos. Ele começou a perceber que, após a separação dos casais, existia um comportamento típico que os genitores, a mãe ou o pai, induzia a criança a romper os laços afetivos com o outro genitor, fazendo uma campanha ativa para desmerecer o outro genitor, usando de qualquer situação para deteriorar o sentimento que a criança nutre por esse. Atualmente, há uma polêmica em relação ao uso da palavra Síndrome. Usa-se mais Alienação Parental, por ser considerada mais abrangente.

⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e BENTZEEN, Ana Luiza Bahia Von. Síndrome da Alienação Parental in Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Organizadores: ZIMERMAN, David e COLTRO, Antônio Carlos Mathias. 3ª ed. Millennium Editora 2010 Campinas – SP p. 411

⁶⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda Compartilhada na Legislação Vigente e Projetada. Publicada em 18/01/2014 <http://reginabeatriz.com.br/guarda-compartilhada-na-legislacao-vigente-e-projetada-2/> acesso em 10/09/2018

Podemos diferenciar da seguinte forma: A Alienação Parental (AP) caracteriza o ato de induzir a criança a rejeitar o pai/mãe-alvo (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual). E a SAP Síndrome de Alienação Parental é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente dos atos de Alienação Parental.

O(A) alienador(a) se utiliza de todas as situações para influenciar a criança, já vulnerável por toda a situação, que se digladia internamente entre o sentimento de culpa e a lealdade. É causada por uma forte tendência vingativa. Muitas vezes o rompimento se deu por adultério e o cônjuge abandonado se ressentido. Não consegue elaborar o luto da separação adequadamente, desencadeia um processo de destruição, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. O filho é utilizado como instrumento da agressividade nesse processo vingativo direcionada ao parceiro.

Pequenas inserções frequentes de descrédito, de desmoralização do alienado. Exemplo típico é quando a criança pede para mãe comprar alguma coisa e ela já responde que: não tem dinheiro, pois o pai não dá uma pensão suficiente. Respostas como essa, repetidas várias vezes e em situações diversas passam a ser entendidas pela criança como: Meu pai/minha mãe não gosta de mim. Vai aos poucos minando a confiança da criança no genitor, inserindo pequenas mágoas, pequenos ressentimentos que vão se avolumando, criando efeitos devastadores nos sentimentos da criança.

O genitor alienador costuma ameaçar o filho de abandoná-lo ou enviá-lo para morar com o genitor alienado. O filho é colocado em uma situação de dependência e fica submetido regularmente à prova de lealdade.

“O artigo 2º da Lei 12.318 de 26/08/2010 define a Alienação Parental: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, que promovida ou indenizada por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.”

“Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Gardner classificou a alienação em três estágios:

Estágio I (leve) – quando nas visitas há dificuldades no momento da troca dos genitores, vale dizer, no momento da busca e da entrega dos filhos;

Estágio II (moderado) – o genitor alienante utiliza uma grande variedade de táticas para excluir o outro;

O Estágio III (agudo) – neste terceiro estágio os filhos já se encontraram de tal forma manipulados que a visita do genitor alienado pode causar a eles pânico e desprezo.

A psicóloga jurídica Andreia Calçada explica como se comporta a criança alienada. “A criança alienada sente que deve escolher o genitor alienador – como se fosse necessário tomar partido – pois é ele quem detém o poder e proporciona a sobrevivência do filho dependente. Este não se atreve a reconciliar-se com o genitor alienado.”⁶⁷

Segundo o ilustre jurista Eduardo de Oliveira Leite:

“Se a criança for questionada porque está fazendo aquelas afirmações ou alegações, não saberá responder e cairá em manifesta contradição (em razão da ausência de argumentação suficiente a justificar sua repulsa) sem se dar conta do absurdo da afirmação. Em verdade, a criança é programada para odiar o outro genitor e, utilizada como instrumento da agressividade direcionada ao outro parceiro, acaba reproduzindo os

⁶⁷ CALÇADA, Andreia. Perda irreparáveis, Alienação Parental e Falsas Acusações de Abuso Sexual. Ed Publit 2ª ed. Rio de Janeiro – 2014. p.82

sentimentos da mãe em relação ao pai, convicta que a sua conduta é correta.”⁶⁸

Nesse processo que transcorreu no Rio Grande do Sul, o Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol, no qual foi o relator dispõe:

“Claramente, portanto, desse contexto, se evidencia a ocorrência de atos de alienação parental – ao revés do alegado pela ré, que de forma genérica, negou a ocorrência de atos de alienação parental - pois ao longo dos anos Dulciane sempre buscou desqualificar a conduta do genitor no exercício da paternidade, dificultando o exercício da autoridade parental, bem como o contato da criança com o pai, além de apresentar falsa denúncia de abuso sexual contra o genitor da menor, para obstar a convivência dele com a criança.”

E nesse outro, temos uma indenização por danos causados. Infelizmente os danos causados à criança são incalculáveis.

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DANOS MORAIS. Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível desprovida. (Apelação Cível Nº 70073665267, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 20/07/2017). (TJ-RS - AC: 70073665267 RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 20/07/2017, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/07/2017)”

Caso que chamou a atenção da mídia foi a de Atercino. Ele tem 52 anos e passou os últimos 15 anos tentando convencer a justiça brasileira de que era inocente das acusações de abuso sexual dos filhos.

Quando Atercino e a ex-esposa se separaram, os filhos, Andrey e Aline tinham 9 e 6 anos de idade. Foram morar com a mãe e uma amiga dela. Pouco depois, acusaram o pai de abuso sexual. Passados alguns anos, fugiram do lar materno, alegando maus-tratos. Estiveram em orfanatos, abrigos. Adolescentes, voltaram a viver com o pai.

⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Alienação Parental: do mito à realidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 167

Os dois afirmam há tempos que foram forçados e até torturados pela mãe e pela amiga dela para que fizessem falsas denúncias contra o pai.

Andrey tentou retirar a queixa, mas não teve acesso a juízes e desembargadores. Registrou uma declaração em cartório, mas o processo prosseguiu. Chegou ao Supremo Tribunal Federal. Atercino Ferreira de Lima Filho foi condenado a 27 anos de prisão. A absolvição só veio recentemente, em março de 2018, em sede de revisão criminal.

Nos 11 meses em que esteve preso, até a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Atercino esteve impedido, inclusive, de receber visitas dos filhos, que já o tinham inocentado, sem que isso tivesse sido incluído no processo. Dentro da lei, eles ainda eram considerados vítimas do pai. O contato era proibido.

Atercino, ao sair da prisão, foi inquirido sobre se iria pleitear uma indenização da ex mulher por tudo que tinha passado, ele, junto aos filhos, disse que não, que queria apenas ser feliz e abraçou os jovens.

As coisas só mudaram quando entraram em cena advogados do Innocence Project, uma ONG fundada nos Estados Unidos para combater prisões injustas. “Um sofrimento enorme, um sofrimento enorme para o Atercino, um sofrimento gigante para essas crianças que foram vítimas de uma violência doméstica terrível e carregavam essa angústia de terem causado esse mal ao pai”, disse Dora Cavalcanti, diretora do Innocence Project Brasil.

O Innocence Project Brasil, é uma associação sem fins lucrativos criada em dezembro de 2016, é a primeira organização brasileira especificamente voltada a enfrentar a grave questão das condenações de inocentes no país.

Levantamento do Innocence Project americano mostra que as principais causas das condenações equivocadas são o falso reconhecimento do acusado, confissões forçadas, má conduta policial, falhas no trabalho do Ministério Público, defesa inadequada, perícias equivocadas e informantes mal-intencionados.

Sobre o depoimento de crianças e adolescente, explica o desembargador Guilherme de Souza Nucci:

“Outro aspecto extremamente importante é a declaração prestada por criança (sempre informante) e adolescente (informante ou testemunha), conforme o caso, já que podem prestar o compromisso a partir dos 14 anos, segundo o art. 208, Código de Processo Penal. Relatos nos mostram que

muitos erros judiciais se originam da credibilidade exagerada que magistrados concedem a essas informações. Justifica-se essa situação pela fragilidade tanto da criança quanto do adolescente para elaborar uma narrativa fiel dos fatos porventura assistidos, sem lançar qualquer fantasia ou mentira, frutos da inexperiência e da instabilidade psicológica e emocional dos seres em desenvolvimento.

(...)

Lembremos, ainda, que, por ser altamente sugestível, jamais deve o magistrado completar lhe frases, pedindo que confirme com um “sim” ou um “não”. A criança, para agradar quem a ouve, certamente terminará concordando com o almejado pelo interrogante.”

A Lei 13.431/2017 vem em complemento a Lei da Alienação parental.

“Art. 1º Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução no 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.

Traz em seu artigo 4º, inciso b o reconhecimento de alienação parental como uma violência psicológica contra a criança.

4º Art. Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

(...)

II - violência psicológica:

(...)

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este”;

No entanto, essa mesma Lei continua protegendo a mãe/pai alienador(a), que tenha implantado falsas memórias na criança. Temos no artigo 21:

“Art. 21. Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

I - evitar o contato direto da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência com o suposto autor da violência;

II - solicitar o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente;

III - requerer a prisão preventiva do investigado, quando houver suficientes indícios de ameaça à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência;”

Como seria constatado? A autoridade policial estaria apta a fazer essa constatação? No caso de um genitor alienador, que tenha implantado falsas memórias em uma criança, como a autoridade policial poderia constatar a veracidade das informações prestadas?

A alienação parental é uma forma de violência psicológica, mas não é tipificada como crime. Recebe as sanções previstas na Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que vão desde a advertência ao alienador, a estipulação de multa ao alienador, a ampliação do regime de convivência com o genitor alienado e a intervenção psicológica monitorada até a alteração da guarda e a suspensão ou perda do poder familiar.

Há quem defenda que com o novo provimento 63 do CNJ, publicado em novembro de 2017, que autorizou a inclusão do nome de pais socioafetivos nos registros de nascimento sem o trâmite judicial, é um meio de alienação parental também. Não necessita de autorização do(a) genitor(a) biológico(a), facilitando assim a inclusão do pai/mãe socioafetivo(a), novo(a) parceiro(a), provocando afastamento indireto da criança.

“Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.”

O número de processos por alienação parental cresceu 5,5% de 2016 para 2017, saltando de 2.241 para 2.365, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁶⁹

A coordenadora da Câmara de Conciliação e Mediação Vamos Conciliar, Alessandra Maria acredita que a mediação familiar busca evitar este tipo de comportamento, afastando o prejuízo que uma alienação possa provocar e preservar os laços familiares.

A especialista aponta que crianças e adolescentes ficam no meio do fogo cruzado sem saber como agir. De acordo com o TJ/MG, foram registrados em todas as comarcas do Estado 1042 casos de alienação parental em 2017. Em 2016, foram 564. *"A intenção da mediação familiar é que os protagonistas cheguem a um consenso e definam uma maneira de convívio adequada para a família"*, disse Alessandra em artigo publicado no site Migalhas.

Irma Pereira Maceira, em recente artigo no site da ADFAS, alerta que: *"O guardião tem o dever de zelar pela convivência familiar dos filhos sob pena de ferir de morte uma das premissas do instituto da guarda: o melhor interesse da criança. E é imprescindível ao crescimento sadio de um ser humano o direito a ter consigo pai, mãe e familiares, nada, nem ninguém pode tirar do menor este direito."*⁷⁰

Conforme a orientação do Informativo 0538 do STJ; O agravo do art. 522 do CPC é o meio adequado para impugnar decisão que resolva incidentalmente a questão da alienação parental. A Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC.

A decisão que, de maneira incidente, enfrenta e resolve a existência de alienação parental antes de decidir sobre o mérito da principal não encerra a etapa cognitiva do processo na primeira instância. Portanto, esse ato judicial tem

⁶⁹

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/16350/Aumento+do+n%C3%BAmero+de+processos+por+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+mostra+que+fam%C3%ADlias+est%C3%A3o+mais+informadas%2C+diz+OAB> acessado em 15/05/2018

⁷⁰ MACEIRA, Irma Pereira, A Alienação Parental e suas Consequências. Será o Silêncio uma forma de Alienação? Publicado em 25/07/2018 <http://adfas.org.br/2018/07/25/a-alienacao-parental-e-suas-consequencias-sera-o-silencio-uma-forma-de-alienacao/> acessado em 11/09/2018

natureza de decisão interlocutória (art. 162, §2º, do CPC) e, por consequência, o recurso cabível, nessa hipótese, é o agravo (art. 522 do CPC).

Cabe ressaltar que seria diferente se a questão fosse resolvida na própria sentença, ou se fosse objeto de ação autônoma, como prevê a Lei 12.318/2010, hipóteses em que o meio de impugnação idôneo seria a apelação, porque, nesses casos, a decisão poria fim à etapa cognitiva do processo em primeiro grau. REsp 1.330.172-MS, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 11/3/2014.

Atualmente está ocorrendo um embate entre mães acusadas de alienação parental e que se defendem alegando que a Lei da Alienação Parental estaria sendo usada para “proteger” pais abusadores, expondo as crianças a riscos maiores.

Em uma recente reportagem do programa semanal da Rede Globo, Fantástico temos:

“A mãe, com guarda compartilhada, percebe que o filho está sendo abusado sexualmente pelo pai e o denuncia na Justiça Criminal. É aberto um inquérito para investigar, mas, antes mesmo de ele ser concluído, o pai consegue uma decisão de reversão da guarda, na Vara de Família, ou seja, a criança fica sob a custódia justamente de quem é acusado de ser o seu abusador. Os pais pedófilos conseguem essa inversão da guarda amparados em uma lei que surgiu oito anos atrás e que autoridades do Judiciário afirmam que está tendo o seu objetivo desviado: a Lei de Alienação Parental.”

Iniciou-se um movimento de mães acusadas de alienação parental com o intuito de revogação da Lei da Alienação que culminou com a apresentação do Projeto de Lei nº 10639/2018 do Deputado Federal Flavinho do PSC/SP que pede a revogação da Lei 12.318/2010, Lei da Alienação Parental. Que se justifica com a seguinte redação:

“A Lei, aprovada com a altiva intenção de manter a indissolubilidade dos laços afetivos de pais e filhos, acabou por viabilizar um meio para que pais que abusaram sexualmente dos seus filhos pudessem exigir a manutenção da convivência com essas crianças, inclusive retirando-os da presença das mães a depender do teor de termo de regulamentação de visitas judicialmente imposto. Abriu-se a porta para garantir a ambos genitores o acesso aos seus filhos nas mais diversas situações, mas ao mesmo tempo

foi possibilitado que sofrimento maior fosse causado, como o abuso sexual de crianças. Lamentavelmente a lei do abraço tornou-se a lei de acesso à pedofilia e grande tormento para as mães que lutam para impedir que seus filhos fiquem em poder de verdadeiros criminosos.”⁷¹

3.1. CID – Alienação parental

A Organização Mundial de Saúde reconheceu a síndrome da Alienação Parental em junho deste ano, 2018, na 11ª edição de Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, conhecido como CID.

O CID-11, que será apresentado para adoção dos Estados Membros em maio de 2019 (durante a Assembleia Mundial da Saúde), entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022.

Até o momento era utilizado: *Grupo 995.51 - Abuso Psicológico Infantil* para caracterizar as situações envolvendo crianças em alienações parentais.

“Abuso psicológico infantil inclui atos verbais ou simbólicos não acidentais cometidos por um dos pais ou cuidador da criança que resultam, ou têm potencial razoável para resultar, em dano psicológico significativo à criança. (Atos abusivos físicos e sexuais não fazem parte desta categoria.)

Exemplos de abuso psicológico de uma criança incluem repreender, depreciar ou humilhar a criança; ameaçar a criança; prejudicar/abandonar - ou indicar que o suposto ofensor irá prejudicar/abandonar - pessoas ou coisas de que a criança gosta; confinar a criança (atos de amarrar braços ou pernas ou prender em peça do mobiliário ou outro objeto, ou confinar em área fechada pequena [p. ex., armário]); culpar vulgarmente a criança; coagir a criança a causar dor em si mesma; disciplinar excessivamente a criança (i.e., com frequência ou duração extremamente altas, mesmo que não configure abuso físico) por meio de recursos físicos ou não físicos.”⁷²

Com a nova classificação, a “alienação parental' ou 'alienação dos pais' aparece no CID-11 sob uma subcategoria mais ampla: 'Caregiver-child

⁷¹http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E8646AD0CAC7BE4CF8A4818F42B3144.proposicoesWebExterno1?codteor=1678433&filename=Tramitacao-PL+10639/2018 acessada em 25/08/2018

⁷² Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-5 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION

relationship problem' (QE52.0). Não há um código específico para essa condição, mas, em termos práticos, caso um profissional de saúde precise fazer o diagnóstico de alienação parental deve registrá-lo sob o código QE52.0".⁷³

4. Falsas memórias

Nos casos de falsas denúncias de abuso sexual, o(a) alienador(a) implanta falsas memórias na criança, fazendo-a repetir como se realmente tivesse sido vítima do abuso, com o intuito de destruir o vínculo parental. Utilizando de casos corriqueiros, é dado uma valorização de tal forma que passa a ter uma nova conotação, no caso sendo favorável para que se inculta no menor uma nova visão dos fatos.

Segundo Aury Lopes Junior:

“as falsas memórias são diferentes de mentira, porque, nas falsas memórias o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa, não interna, mas inconsciente, chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente; em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.”⁷⁴

Maria Berenice Dias, em seu site, descreve como se processa a implantação das falsas memórias nas crianças.

“Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o

⁷³ <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/547677013> acessado em 10/09/2018

⁷⁴ LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal. Ed. Saraiva – 9ª ed. 2012 p.670-671

tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias. A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as sequelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.”

Segundo trabalho de Aury Lopes Junior e Cristina Carla Di Gesu em um trabalho publicado no IBCCRIM esclarecem que:

“Algumas pessoas estão mais suscetíveis à formação das falsas lembranças, geralmente aquelas que sofreram algum tipo de traumatismo ou lapso de memória. Contudo, as crianças foram historicamente avaliadas como mais vulneráveis à sugestão, pois a tendência infantil é justamente a de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador

(...)

Soma-se a isso o fato de a credibilidade e a confiabilidade do relato das crianças restarem abaladas pelas convicções prévias do entrevistador acerca da ocorrência do evento, pois há clara tendência para moldar a entrevista de forma a maximizar as revelações consistentes com suas convicções, não desafiando ou dando a devida importância ao relato da vítima que não seja condizente com ela. De outra banda, a criança tende a ser desafiada pelo entrevistador quando o seu relato for incongruente com a convicção inicial dele. O fato é que se o entrevistador estiver previamente convicto acerca da ocorrência do delito, certamente vai dirigir todos os questionamentos de modo a confirmá-lo, contaminando o ato.”

E esclarecem sobre o comportamento dessas vítimas em sede de revisão criminal.

“Não raras vezes, vê-se em sede de revisão criminal, através de justificação judicial, menores retratando-se das acusações

de abuso contra seus supostos agressores, afirmando abertamente que “inventaram” a situação para afastá-los do lar. Além disso, denúncias de abuso sexual figuram como uma arma poderosa nas ações de separação ou divórcio, em que se disputa a guarda dos menores.”

O extremo da alienação parental é a falsa acusação de abuso sexual por intermédio da implantação das falsas memórias nas crianças. O intuito do alienante é apenas um; afastar a crianças do convívio com o outro genitor. É uma agressão com o genitor e principalmente com a criança, que inocentemente, se deixa suggestionar pelo alienante, justamente aquela pessoa que ela confia plenamente, a quem deve lealdade. Se deixa envolver e as consequências vão ser percebidas quando for tarde demais.

“A criança pequena muitas vezes não distingue, e podemos afirmar, que ela confunde fantasia com realidade, possibilitando dessa forma que a informação enganosa induza a distorção da memória e que a passagem do tempo faça com que as memórias tornem-se cada vez menos claras, deixando-as mais influenciáveis e facilitando a deturpação da verdade.”

Os juízes se veem em uma situação complicada, pois mesmo tendo dúvidas a respeito das acusações, acabam tendo que afastar os denunciados até que se comprovem os fatos, esse processo pode ser demorado, e quando solucionado, o estrago já foi causado. Porque, mesmo que a criança consiga entender que o genitor denunciado não teve culpa, ele se vê frente ao alienador e se sente traído.

Afastar o denunciado de imediato não é a solução mais adequada, pois fortalece o alienante denunciador que ainda usa isso em seu favor e fala para criança que, *“se até o juiz afastou o denunciado é porque ele não presta mesmo”*.

Uma convivência acompanhada protege a criança caso seja verdadeira a denúncia e protege ao denunciado em caso de falsificação.

No entendimento de Andreia Calçada nos casos de falsas acusações de abuso sexual a perspectiva é outra: de um lado há um acusador, do outro a pessoa acusada e, no meio, a criança dividida. A intervenção terapêutica deveria ser imediata, para evitar a quebra do vínculo com a figura paterna.

“DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO. SUSPEITA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ela um vínculo afetivo saudável. 2. A mera suspeita da ocorrência de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai e filha, mormente quando o laudo de avaliação psicológica pericial conclui ser recomendado o convívio amplo entre pai e filha, por haver fortes indícios de um possível processo de alienação parental. 3. As visitas...”

(TJ-RS - AI: 70049836133 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 29/08/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/09/2012)

“APELAÇÃO CÍVEL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SUSPEITA DE ABUSO SEXUAL PELO PAI. INOCORRÊNCIA. Preliminar de nulidade Inocorrência de nulidade pela juntada extemporânea de documentos, haja vista que a nova documentação foi submetida ao contraditório e não foi a prova determinante ao julgamento de procedência do pedido de regulamentação de visitas paternas. Mérito. Não tendo sido demonstrada a prática de abuso sexual pelo pai/apelado, correta a sentença que julgou procedente a demanda e regulamentou o direito de visitação paterno. Regulamentação da visitação ordinária de finais de semana e em datas festivas que vai mantido, em maior parte, apenas com a regulamentação expressa, agora no acórdão, de que também a genitora/apelante possui direito de convivência com a filha de 15 dias ininterruptos, nas férias escolares de verão, assim como o genitor/apelado. REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO.” (Apelação Cível Nº 70064522592, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 29/10/2015).

(TJ-RS - AC: 70064522592 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 29/10/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/11/2015)

O genitor alienador que induz a criança a apresentar relatos falsos de abuso sexual contra o outro genitor é quem está praticando o abuso real, pois expõe a criança a situações constrangedoras, obrigando seu(sua) filho(a) a prestar depoimentos em delegacias sobre a ocorrência do tal abuso, submetendo-os a exames médicos dolorosos, visitas a vários especialistas no afã de comprovar a veracidade do que incutiu na criança, tudo para tentar demonstrar a culpabilidade do

ex-cônjuge, e afirmam que o suposto abuso apareceu logo após a separação, coincidentemente em situações em que o ex-cônjuge casou-se novamente ou vai ter outro filho, ou obteve uma mudança profissional ou pretende aumentar sua visitação aos filhos.

Andreia Calçada⁷⁵ explica que:

“...do ponto de vista psicológico, tanto no caso de abuso sexual real como nos falsos a autoestima, a autoconfiança e confiança no outro ficam fortemente abaladas, abrindo caminho para que patologias graves se instalem. Na prática clínica, nas avaliações de crianças vítimas de falsas acusações de abuso observa-se, em curto prazo, consequências como depressão infantil, angústia, sentimento de culpa, rigidez e inflexibilidade diante das situações cotidianas, insegurança, medo e fobias e choro compulsivo sem motivo aparente, evidenciando alterações afetivas. Já no aspecto interpessoal, observa-se dificuldade em confiar no outro, fazer amizades, estabelecer relações com pessoas mais velhas, apego excessivo a figura “acusadora” e mudança das características habituais da sexualidade manifestas em vergonha de trocar de roupa na frente de outras pessoas, recusa em mostrar o corpo ou tomar banho com colegas e resistência anormal a exames médicos e ginecológicos.

Configura-se, portanto, o grave fato de que a criança passa a acreditar que foi realmente abusada, comprometendo todos seus futuros relacionamentos.

Considerações finais

Existe, atualmente, um movimento que defende a tipificação da Alienação Parental como crime, incorrendo o agente em sanções jurídicas como privação de liberdade. Outros defendem que seja considerada uma doença e tratada como tal.

E um movimento de mães que pretendem a revogação da Lei da Alienação Parental, salientando que essa Lei está protegendo criminosos,

⁷⁵CALÇADA, Andréia. *Perda irreparáveis, Alienação Parental e Falsas Acusações de Abuso Sexual*. Ed Publit 2ª ed. Rio de Janeiro – 2014

abusadores, que com a reversão da guarda, ou convivência maior com a prole, está causando riscos às crianças.

O ambiente é complexo, e há de se ter sempre em mente que a preservação da criança é o objetivo principal a ser alcançado. Cuidar, para que a criança tenha uma evolução sadia, em ambiente propício e que os genitores tenham como meta primordial o bem-estar dos filhos acima de qualquer desavença que possa haver entre ambos.

A Alienação Parental prejudica a todos os atores. O próprio alienador se aprisiona dentro dessa situação e se depara com o maior prejudicado, seu(sua) próprio filho(a). O(A) genitor(a) alienado(a) acusado falsamente de um abuso que não cometeu e principalmente a criança, que fica no meio de uma situação a qual não tem estrutura emocional e psicológica para se defender.

Evitar agressões psicológicas ao infante é o objetivo principal, pois nessas situações sempre será a parte mais vulnerável dessa relação conflituosa. Ao denunciado de abuso sexual, há de ser observado o cuidado para apuração dos fatos para que não seja prejudicado inocentemente e o afaste da criança, causando prejuízo no desenvolvimento infantil. E quanto ao alienador, que seja acompanhado psicologicamente, pois a sanção jurídica também causará prejuízos ao desenvolvimento salutar da prole.

Inconcebível usar as crianças como moeda de troca. Inaceitável a alienação em todos os seus termos, pois a mesma vê o genitor como um ídolo a ser seguido. A criança é sujeito de direito e o interesse dela se sobrepõe a todos os demais envolvidos. Não só a família, mas também a sociedade e as instituições devem resguardar e proteger a criança para que essa se torne um adulto emocionalmente equilibrado e feliz.

Referências

CALÇADA, Andreia. *Perda irreparáveis, Alienação Parental e Falsas Acusações de Abuso Sexual*. Ed Publit 2ª ed. Rio de Janeiro – 2014

BOULOS, Katia. SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO, Theodoreto de Almeida (coords.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da Alienação Parental*.
http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__p_arental%2C_o_que_%E9_isso.pdf acesso em 25/05/2018

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson – *Curso de Direito Civil -volume 6* – Ed. Atlas 7ª ed. 2015 – São Paulo

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 14-16, jun. 2007

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. Ed. Saraiva – 9ª ed. 2012

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e VON BENTZEEN, Ana Luiza Bahia. *Síndrome da Alienação Parental in Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Organizadores: ZIMERMAN, David e COLTRO, Antônio Carlos Mathias. 3ª ed. Millennium Editora 2010 Campinas – SP

Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-5 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION

<https://icd.who.int/browse11/l-m/en/#/http://id.who.int/icd/entity/547677013> acessado em 10/09/2018

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/filhos-sao-obrigados-acusar-pai-de-abusos-e-ele-fica-presos-11-meses.html> acessado em 15/05/2018

<https://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil> acessado em 15/05/2018

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043->

[A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal](#) acessado em 16/05/2018

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279480,21048->

[Mediação+e+alternativa+para+evitar+a+alienação+parental+afirma](#) acessado em 16/05/2018

<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/04/pai-abusador-usa-lei-de-alienacao-parental-para-tomar-guarda-de-filho.html> acessado em 15/05/2018

<http://criancafeliz.org/rj-desmistificando-a-reportagem-do-fantastico-sobre-alienacao-parental/> publicado em 10 de abril de 2018 e acessado em 15/05/2018

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na->

[midia/16350/Aumento+do+n%C3%BAmero+de+processos+por+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+mostra+que+fam%C3%ADlias+est%C3%A3o+mais+informadas%2C+diz+OAB](#) acessado em 15/05/2018

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> acessado em 06/06/2018

<http://www.alienacaoparental.com.br/biblioteca/artigos>

Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto 99710/1990

Lei de Alienação Parental. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

Lei da Guarda Compartilhada. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Requisitos para publicação:

- (a) de artigos: titulação mínima de mestrando (estar matriculado em curso de pós-graduação em nível de mestrado);
- (b) de comentários jurisprudenciais: titulação mínima de graduado;
- (c) os textos deverão ser inéditos.

Regras de formatação:

- (a) tamanho do papel: A4;
- (b) tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo de 40 páginas;
- (c) margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) alinhamento: justificado;
- (e) fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 – título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 – notas de rodapé;
- (f) espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) citações: entre aspas e com recuo;
- (i) as citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I);
- (j) as referências devem constar na nota de rodapé (não usar sistema autor-data);
- (k) título do artigo em português e em inglês;
- (l) resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços;
- (m) lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (n) sumário.

Folha de rosto:

(a) deve vir em arquivo à parte;

(a) nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Todos os artigos são submetidos ao processo Blind Peer Review, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos devem ser enviados para: rdfas@adfas.org.br