

DIREITOS HUMANOS À PORTA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Jhébica Luara Alves de Lima



DIREITOS HUMANOS À PORTA DA ALIENAÇÃO PARENTAL



JHÉSSICA LUARA ALVES DE LIMA

DIREITOS HUMANOS À PORTA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

1ª Edição

Quipá Editora
2022

Copyright © de Jhéssica Luara Alves de Lima. Todos os direitos reservados.

O conteúdo dos capítulos, os dados apresentados, bem como a revisão ortográfica e gramatical são de responsabilidade da autora, detentora de todos os Direitos Autorais, que permitem o download e o compartilhamento, com a devida atribuição de crédito, mas sem que seja possível alterar a obra, de nenhuma forma, ou utilizá-la para fins comerciais.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L732d Lima, Jhéssica Luara Alves de
Direitos humanos à porta da alienação parental / Jhéssica Luara Alves de
Lima. — Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.

95 p. : il.

ISBN 978-65-5376-077-6
DOI 10.36599qped-ed1.177

1. Direitos humanos. 2. Alienação parental. I. Título.

CDD 341.481

Elaborada por Rosana de Vasconcelos Sousa — CRB-3/1409

Obra publicada pela Quipá Editora em agosto de 2022

Quipá Editora
www.quipaeditora.com.br
@quipaeditora

Dedico este livro ao promotor que mais admiro, Espírito Santo, ao juiz que, mesmo não sendo imparcial é justo, Deus, e ao meu advogado, exemplo de ser humano, Jesus Cristo. Dedico, ainda, à minha família que sempre torce por mim e me oferece um amor que não aliena, alimenta. Por fim, dedico a todas as crianças e adolescentes vítimas de alienação parental. Unido(a)s venceremos.

Jhéssica Luara Alves de Lima

Quando alguém me pergunta quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais do nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem.

Norberto Bobbio

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos orientadores deste trabalho, Professores Mestres Veruska Sayonara de Góis e Olegário Gurgel Ferreira Gomes que atuaram na condição de orientadora e co-orientador, respectivamente, da monografia de especialização em Direitos Humanos “Direitos humanos à porta da alienação parental”, defendida na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Também agradeço aos meus ex-alunos, das universidades pelas quais tive a alegria de ser docente, bem como aos atuais alunos da Universidade Federal de Roraima pelo comprometimento com o processo de ensino-aprendizagem, me impulsionando a prosseguir na docência. Cursar graduação, especialização, mestrado e doutorado visavam um principal propósito: a docência. Por isso, cada trabalho acadêmico, para mim, é muito especial, pois todos eles envolveram dedicação e paixão.

Por fim, agradeço a todos que se dedicam ao estudo da alienação parental, tema que toca a nossa sociedade e as relações familiares de forma muito particular e que merece especial atenção. Proteger crianças e adolescentes é um dever de todos. Compromisso meu, compromisso nosso.

PREFÁCIO

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, consagrado no artigo 1º da Constituição do Brasil. Os direitos das crianças e dos adolescentes, por sua vez, devem ser tratados com absoluta prioridade. Muitos dos direitos das crianças e dos adolescentes são advindos de princípios jurídicos, os quais podem ser sopesados, mas não violados. Um instituto recente que fere os direitos humanos das crianças e dos adolescentes e, conseqüentemente, macula as relações familiares, é a alienação parental. Essa alienação passou a ser conhecida pelos tribunais do Brasil, por meio da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

A alienação parental está inserida no contexto brasileiro em litígios por guarda judicial, sendo expressão criada por meio das pesquisas e estudos feitos por Richard Alan Gardner, psiquiatra infantil norte-americano. A alienação parental consiste em um genitor (genitor guardião) programar a criança e/ou adolescente a odiar o outro genitor (genitor não guardião) e, para conseguir tal intento, o genitor utiliza de todos os meios cruéis e ardilosos para alienar à criança e/ou adolescente face seu(ua) ex-companheiro(a), distanciando-os e destruindo seus laços afetivos. Nesse momento entram em conflito os princípios da afetividade e o do melhor interesse da criança.

Segundo a Lei da Alienação Parental, em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações relacionadas à matéria, a criança e o adolescente devem ficar sob a guarda do genitor que possuir melhores condições para criá-los, não só em termos financeiros, mas moral, afetivo e psicológico. Dessa forma, haveria uma colisão de princípios quando da medida judicial de alteração de guarda, pois deve-se sopesar qual princípio deve prevalecer no momento deste importante acontecimento na vida da criança.

A obra pretende verificar, pois, em que termos essa alienação parental é prejudicial para as crianças e adolescentes e seus direitos fundamentais. Assim, o presente livro traz valiosas informações para o conhecimento desta alienação e seu contexto, o confronto entre princípios, tudo em conformidade com a legislação nacional e internacional de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Por fim, esta obra trata-se da monografia de especialização em Direitos Humanos “LIMA, Jhéssica Luara Alves de. Direitos humanos à porta da alienação parental. 2012. 106f. Monografia (Especialização em Direitos Humanos). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró, 2012.”, com atualizações em matéria legislativa. A monografia

originária do presente livro está disponibilizada apenas em repositório físico da UERN, razão da importância da publicação da obra para fins de disseminação do conhecimento. A obra foi revisitada e, constatada a atualidade da proposta, imprescindível sua publicação, uma vez que traz conhecimentos teóricos embasados em doutrinas atemporais.

O objetivo é instigar a curiosidade e reflexões sobre a alienação parental.

Desejo boa leitura!

Jhéssica Luara Alves de Lima

APRESENTAÇÃO

Os direitos humanos estão previstos na legislação internacional e nacional, sendo sempre destaque na sociedade por sua atualidade. A preocupação com a dignidade humana se dá desde a infância, quando a criança está em fase de desenvolvimento, até que esta atinja a sua plenitude. Promover dignidade humana é garantir um mínimo existencial. Os direitos contidos em documentos internacionais, quando ratificados pelo Brasil, passam a vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos das crianças e dos adolescentes, por sua vez, são princípios prioritários reconhecidos em âmbito internacional, possuindo tutela especial no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista que os direitos das crianças e dos adolescentes são princípios, não podem ser violados. Recentemente, surgiu o fenômeno da alienação parental, o qual tem violado direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, sendo uma preocupação do Poder Judiciário.

A alienação parental é um fenômeno regulamentado pela Lei nº 12.318/2010, sendo ainda pouco conhecido por sua nomenclatura, mas muito presente no cotidiano da sociedade brasileira, uma vez que grande é o número de divórcios conflituosos onde os pais (família) envolvem as crianças e os adolescentes nos problemas conjugais. Segundo a Lei da Alienação Parental, esta diz respeito à interferência que se faz na formação psicológica de uma criança ou adolescente, a qual é promovida por um dos genitores, avós ou qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, no afã de que esta repudie genitor oposto da relação de parentesco.

A alienação parental por violar o direito à convivência familiar e comunitária saudável da criança e do adolescente, vítima deste ato agressivo, prejudica a relação de afeto desta com genitor e grupo familiar oposto, constituindo-se em abuso moral e agente violador dos direitos fundamentais e humanos, razão do presente estudo. Nos casos em que a alienação parental exige a mudança da guarda compartilhada para a unilateral, ou necessita ser alterada de um genitor a outro, surgem conflitos entre dois princípios de extrema importância: o da afetividade e o do melhor interesse da criança.

O trabalho a ser realizado, insere-se na temática da investigação em direitos humanos, uma vez que tem o intuito de pesquisar sobre o conflito de direitos e, especialmente, de princípios nos casos de alienação parental e sua relação com os direitos humanos, tudo para que ao fim seja verificado se os direitos humanos estão presentes em

todas as relações humanas e se possuem alguma ligação com os casos de alienação parental.

A discussão acerca da temática é de grande valia, em decorrência de sua atualidade, bem como por força da promulgação da Lei nº 12.318/2010 que veio a regulamentar os casos de alienação que necessitavam há muito de previsão legal para o embasamento de decisões judiciais no âmbito da justiça de família, já que trata de relações de parentesco. O artigo 3º da mencionada Lei faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana de modo a demonstrar que a alienação parental possui relevância pelo fato de atingir os direitos humanos. Direitos humanos e direito de família e/ou direito da criança e do adolescente, possuem íntima ligação.

Nesse sentido, com intuito de compreender não só o instituto da alienação parental, mas de esclarecê-la no contexto das relações jurídicas, documentos internacionais e nacionais, bem como fazer um paralelo entre os princípios que esta atinge, é que surgiu a ideia de abordar sobre a temática, tendo em vista que é um tema atual, que une diversas áreas do saber, como a psicologia jurídica, o direito das crianças e dos adolescentes, o direito de família e, em especial, os direitos humanos.

Na graduação e mesmo em sede de pós-graduação, esse assunto, quando muito, é estudado sucintamente, e o que se observa na prática é que muitos operadores do direito não sabem lidar com este novo instituto jurídico que viola a dignidade humana e, por isto, é por demasiado importante conhecê-lo. A alienação parental tem sido tema bastante abordado em sede de IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e, com a promulgação da Lei, que faz alusão à dignidade humana, operadores do direito, especialmente os que militam com direitos humanos, têm se atentado para esse problema, o qual necessita de ampla divulgação para que haja conscientização social e consequente diminuição de vítimas.

Assim sendo, uma vez que a alienação parental acomete crianças e adolescentes em fase de divórcio entre os genitores, em especial, quando diante de ações judiciais de guarda, violando seus direitos humanos, cumpre estudá-la fazendo uma relação entre ela e a proteção à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a relevância do tema se justifica diante de um país com muitos casos de alienação parental, ainda que desconhecidos por esta nomenclatura, mas facilmente detectados quando da leitura e explicação da lei, bem como quando de sua conceituação e demonstração de casos reais para a sociedade. Outrossim, uma vez que ela viola a dignidade humana, necessário conhecê-la e impedir seu avanço.

Nesses termos, os tipos de técnicas da pesquisa realizada serão a explicativa e bibliográfica, uma vez que são suficientes para o embasamento teórico do assunto, e facilitam a análise, de forma detalhada, sobre os direitos humanos, a legislação nacional e internacional de proteção à dignidade humana, a alienação parental, e o conflito de princípios nela existente, de modo a proteger os direitos das crianças e dos adolescentes vítimas dessa forma de violência. Ao se fazer opção pela utilização da pesquisa explicativa, objetiva-se criar um ambiente mais familiar ao assunto tratado, de modo a tornar a sua compreensão mais simples. A pesquisa bibliográfica, por sua vez, constituir-se-á na coleta de dados extraídos de doutrina, teses, artigos científicos, legislação, entre outras fontes pertinentes a temática em comento, as quais servirão para nortear o trabalho em apreço, enriquecendo-o.

Visando um maior aprofundamento sobre o tema abordado, a coleta de dados para o presente estudo se pauta por meio do uso de pesquisa documental, tais como tratados internacionais, legislação nacional, decisões judiciais, dentre outras peças processuais que eventualmente sejam necessárias para tratar da temática abordada. A fonte de pesquisa em questão traz suporte para uma análise apurada sobre o assunto, servindo de base para sustentação da abordagem adotada ao longo do livro.

A metodologia do trabalho faz uso, basicamente, do método indutivo, uma vez que parte de dados suficientemente constatados para se inferir uma verdade geral. Por meio da análise das causas, fatores e consequências da alienação parental, bem como do estudo dos princípios basilares em favor das crianças e adolescentes para a proteção destas e da família, é que a utilização deste método é eficaz para trazer conclusões específicas ao tema.

Nesse sentido, o estudo foi construído dividindo-o em capítulos, mais precisamente em três, no que diz respeito a seu conteúdo, os quais foram ordenados seguindo uma sequência lógica de pensamento construída ao longo da pesquisa, de forma paulatina e progressiva até a formação de um juízo final.

O primeiro capítulo aborda a respeito dos direitos humanos e da proteção à dignidade da pessoa humana, mostrando sua conceituação, quais os documentos internacionais sobre a matéria, a tutela constitucional para proteger esse princípio. Busca, ainda, conhecer se a dignidade humana é um princípio ou um direito absoluto, e, por fim, possui o condão de fazer um paralelo entre as normas humanas advindas dos tratados internacionais e da Constituição do Brasil, tudo de modo a demonstrar que a proteção a dignidade da pessoa humana está presente tanto nos documentos internacionais como

nacionais, e uma vez que está no topo dos direitos, merece respaldo e proteção. O estudo tem como suporte a Constituição do Brasil e as demais legislações aplicáveis ao tema, bem como a doutrina.

É objeto do segundo capítulo, os direitos das crianças e dos adolescentes como princípios prioritários a serem protegidos pela legislação. Para tanto, conceitua-se princípio, inclusive na visão do jurista Robert Alexy, fazendo a diferença entre norma, regra, princípio e políticas públicas, de modo a estudar a força desses institutos. Faz-se um estudo sobre a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tais como o direito a convivência familiar e comunitária, o melhor interesse da criança e o princípio da afetividade.

Por fim, o terceiro capítulo aborda sobre a alienação parental como agente violador dos direitos humanos. Para tanto, necessário se faz conceituar e contextualizar a alienação parental, bem como abordar sobre as disputas judiciais por custódia infantil – causadoras da alienação. Também abordar-se sobre as medidas judiciais que fazem surgir o conflito de princípios, tema central do trabalho em questão. Nesse sentido, demonstra-se o confronto entre o princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança, demonstrando qual dos dois deve ser sacrificado. Também se propõe a divulgação da Lei nº 12.318/2010 para conscientização social dos direitos humanos das crianças e adolescentes, protegendo-as e resguardando a família, o afeto, o melhor interesse destas e, especialmente, sua dignidade.

Assim sendo, a partir da combinação dos métodos selecionados e tipos de pesquisa que foram empregadas, além da organização e da sequência de ideias apresentadas, o livro foi construído com vistas a estabelecer uma relação entre princípios, especificamente, o da dignidade da pessoa humana, pondo em destaque o direito das crianças e dos adolescentes a um crescimento biopsicossocial saudável.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1.....14

DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

CAPÍTULO 2.....40

OS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES COMO PRINCÍPIOS PRIORITÁRIOS

CAPÍTULO 3.....60

A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO AGENTE VIOLADOR DOS DIREITOS HUMANOS

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....89

REFERÊNCIAS.....92

SOBRE A AUTORA.....95

CAPÍTULO 1

DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos humanos, conforme o doutrinador João Baptista Herkenhoff¹, é a construção universal de uma utopia. De acordo com o dicionário da língua portuguesa², a palavra utopia é frequentemente empregada para designar sistemas ou planos de reformas considerados pouco práticos ou irrealizáveis. Os direitos humanos possuem uma pluralidade de significados, e em vista disso, defini-lo não se constitui em uma tarefa fácil.

O que se sabe de direitos humanos é que há, sobre a matéria, um consenso na ideia de que são direitos de caráter universal. Segundo Norberto Bobbio, “haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais deste ou daquele Estado, mas do mundo³”. Assim, fazendo uma interpretação à ideia de universalidade, entende-se que todas as pessoas, independente de qualquer característica, seja condição étnica, econômica, social, de gênero, ou outra, são possuidoras de direitos humanos.

A compreensão de que os direitos humanos ultrapassam qualquer fronteira por estar intimamente ligada a pessoa humana, é a chave para a promoção da paz, respeito e igualdade entre todos.

Conceito de direitos humanos

Os direitos humanos são aqueles próprios da pessoa humana, dos quais nenhum ser humano pode ser privado. Sua concepção atual está estabelecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mais importante documento jurídico em matéria de direitos humanos. Esta declaração elenca os direitos que todos os seres humanos possuem, e sendo datada do ano de 1948, foi complementada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, em 1993, surgindo no cenário da humanidade após as duas guerras

¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos: A construção universal de uma utopia*. 6.ed. São Paulo: Santuário, 2003.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar*. 4.ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 64

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01

mundiais, como uma resposta às atrocidades cometidas durante o período de luta armada entre nações.

Atualmente, caracterizar direitos humanos é incorporar um leque de lutas e reivindicações que garantam igualdade social, distribuição equitativa de direitos, bem como a constituição de uma sociedade em que todos sejam respeitados enquanto seres humanos e possuidores das mesmas prerrogativas.

Os direitos humanos são reconhecidos no plano internacional, ou seja, são aqueles positivados no âmbito do Direito Internacional, alcançando todos os povos. Assim sendo, em direitos humanos, encontram-se os tratados internacionais, declarações, convenções, pactos internacionais, entre outros documentos de cunho internacional para a proteção da dignidade humana.

Geralmente, há confusão entre o conceito de direitos humanos e o de direito humanitário. Cumpre mencionar que tanto os direitos humanos como o direito humanitário são reconhecidos no plano internacional. Todavia, os direitos humanos são aqueles que protegem o ser humano contra violações, sejam elas oriundas do próprio Estado ou advindas do plano internacional. Já o direito humanitário tem como foco o tratamento e atendimento às vítimas de conflitos armados, sejam conflitos no plano internacional ou interno, a exemplo do movimento internacional da Cruz Vermelha.

Os direitos humanos são inerentes ao homem, ao que não podem ser negociados, pois dizem respeito aos pressupostos necessários para que todo homem, toda pessoa, possua dignidade, conhecida como mínimo existencial. Para Ana Paula de Barcellos, possuir mínimo existencial seria ter respeitado e garantido o direito a uma educação fundamental obrigatória e gratuita, a prestação de serviços de modo a viabilizar o direito a saúde, possuir amparo social e jurídico na forma de assistência gratuita⁴, ou seja, seria um conjunto de bens e utilidades fundamentais para a sobrevivência do ser humano com dignidade.

Segundo a mencionada doutrinadora:

Se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente⁵.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 305.

⁵ BARCELLOS, 2008, p. 229

Verifica-se, pois, que a promoção da dignidade dá-se com a garantia do mínimo existencial, condição básica para a manutenção da vida em sociedade de forma digna. Reconhecer uma situação de indignidade é ter ciência dos valores e padrões mínimos de respeito ao próximo, pessoa humana que não pode ser coisificada, devendo ser resguardadas a estas condições mínimas de humanidade.

Geralmente, percebe-se a presença dos direitos humanos a partir do momento em que este é violado por abuso de poder, pela violência, pela desigualdade que assola o Brasil e mundo, pelos mais diversos tipos de preconceitos, entre outros tipos de violações que fazem a sociedade refletir. Entretanto, os direitos humanos não podem ser exigidos somente quando de sua violação. É necessária a intervenção do poder público para garantir que o direito de todos seja respeitado.

Os direitos humanos são aqueles intrínsecos ao homem. Tendo em vista que a lei não é suficiente para amparar o direito de todos os cidadãos, os direitos humanos, que vão além do texto legal, devem emergir para resguardar os direitos fundamentais. É necessário que haja preocupação em garantir a todos os seres humanos um mínimo de direitos civis e políticos em prol da igualdade social, e conseqüentemente, da dignidade.

A concepção dos direitos humanos não permanece estática, ou melhor, nunca o foi, pois ela está diretamente ligada à história da humanidade. Em vista disso, os direitos humanos estão em constante mutação, de acordo com cada novo acontecimento histórico-social, acompanhando a evolução legislativa. Muitas vezes, os direitos humanos estão à frente dessas mudanças legais.

Para Bobbio, direitos humanos são aqueles que “pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. São aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização⁶”. Segundo esse doutrinador, os direitos humanos são direitos advindos ao longo da história, de acordo com as circunstâncias fáticas, os quais estão em constante modificação, avanço.

Devido ao largo alcance dos direitos humanos, eles foram divididos em três dimensões, as quais são comumente chamadas de gerações. A primeira dimensão diz respeito à ideia de liberdade, e engloba os direitos civis e políticos consolidados no século XIX, possuindo ligação direta com a democracia. A segunda dimensão está relacionada à ideia de igualdade e, conseqüentemente, possui ligação direta com os direitos econômicos

⁶ BOBBIO, 1992, p. 17.

e sociais, em defesa do “Welfare State”, expressão inglesa que significa “Estado de bem-estar social”. A terceira dimensão, por sua vez, possui liame com a ideia de fraternidade, autodeterminação dos povos, preocupações com o desenvolvimento sustentável, tudo para a preservação da própria humanidade. Há também uma nova dimensão, a quarta, que trata da globalização dos direitos do homem, o possuir dignidade até o fim da vida, abarcando os novos direitos intrínsecos ao homem.

Segundo Bobbio, existe uma relação entre direitos humanos, paz e democracia.

Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para o caminho da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado, direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos⁷.

Assim sendo, o reconhecimento e a proteção aos direitos humanos, garantiria democracia e, em consequência, pacificação social na medida em que promove respeito e igualdade. Para Alexandre de Moraes, por sua vez, direitos humanos fundamentais significam:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁸.

Nesse sentido, os direitos humanos buscam pela cidadania plena. Esta é a condição que se almeja para a concretização dos direitos humanos, uma luta travada em nível internacional pela promoção da paz e da cidadania, tendo sido incorporada no Brasil, com mais veemência, a partir da ditadura militar no ano de 1964, período em que houve um cristalino retrocesso em matéria de dignidade humana no país.

Atualmente, os direitos humanos no Brasil ganharam importante papel, através da luta de diversos movimentos sociais⁹ em defesa dos direitos das minorias, buscando inclusão social e promoção do respeito e dignidade. O Brasil é palco de profundas desigualdades sociais, regionais, raciais, de gênero, entre outras, que incitam a violência e

⁷ BOBBIO, 1992, p. 01.

⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

⁹ Existem inúmeras Organizações Não Governamentais e movimentos sociais que se mobilizam pelo fim da alienação parental, ampliando o debate sobre os direitos humanos das crianças e dos adolescentes, uma vez que esta fere diretamente a dignidade humana destas. Podem ser citados movimentos como a APASE BRASIL – Associação de Pais e Mães Separados do Brasil, SOS – Papai e Mamãe, Pai Legal, entre outros.

a exclusão. Cabe aos direitos humanos promover a cidadania, igualdade e dignidade a todas as pessoas.

Nesse sentido, pode-se reconhecer os direitos humanos como o conjunto mínimo de direitos que possibilitam ao ser humano uma vida com dignidade. Tais direitos equivalem às necessidades fundamentais da pessoa humana, iguais para todos os seres humanos e que, ao serem atendidas, proporcionam dignidade a todas as pessoas, em qualquer parte do mundo.

Os direitos humanos são aqueles reconhecidos e positivados no âmbito do Direito Internacional, alcançando todos os povos. A luta por direitos humanos parece tímida e pequena, diante dos inúmeros problemas sociais, no entanto, esta é constantemente travada, constituindo-se em um desafio para a sociedade atual que prima por justiça e democracia.

Nesse sentido, os direitos humanos são um expoente fundamental para a promoção de pesquisas e implementação de lutas para sua efetivação. É por meio dos documentos de cunho internacional sobre direitos humanos que garantias mínimas alcançam pessoas ao redor do mundo.

Documentos internacionais de proteção aos direitos humanos

Muitos são os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a começar pela Carta das Nações Unidas. Esta foi adotada em São Francisco, nos Estados Unidos, em 26 de junho de 1945, tendo sido assinada pelo Brasil em 21 de julho de 1945, e ratificada em 21 de setembro do mesmo ano.

Dentre os objetivos e princípios desta Carta, podem-se citar os seguintes:

CAPÍTULO I

Objectivos e princípios

Artigo 1.º

Os objectivos das Nações Unidas são:

- 1) Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os actos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz;
- 2) Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
- 3) Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o

respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

4) Ser um centro destinado a harmonizar a acção das nações para a consecução desses objectivos comuns.

Assim, pode-se afirmar que os objetivos das Nações Unidas são, basicamente, a manutenção da paz e segurança, a defesa dos direitos do homem reconhecendo a igualdade entre todos, e o desenvolvimento econômico das nações.

A Carta das Nações Unidas possui ligação direta com os direitos humanos na medida em que essa organização se baseia no princípio da igualdade soberana entre seus membros, e tem como uma de suas finalidades empregar mecanismos internacionais em prol do progresso econômico e social de todos os povos, além de outras que visam a proteção das gerações e seus direitos fundamentais e humanos, os quais se acham no preâmbulo dessa Carta.

Como sistema universal de proteção aos direitos humanos, têm-se muitas convenções, protocolos, pactos, declarações, entre outros documentos. De todos os documentos internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ganha destaque especial. Essa declaração foi adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil na mesma data.

Essa declaração assim estabelece em seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso:

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo

sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Para proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal a ser atingido por todas as nações em prol do respeito mútuo, levou-se em consideração o reconhecimento da dignidade humana como fundamento básico para a igualdade, liberdade, justiça e paz, entre todos. Considerou-se, ainda, que os direitos humanos devem ser resguardados pelo Estado, observando o compromisso de todos os Estados-Membros no respeito a esses direitos.

No corpo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, observa-se que esta traz, do início ao fim, a preservação dos direitos humanos, uma vez que entende que “todos os homens nascem livre e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade¹⁰”. Nesse sentido, importa mencionar que esse documento trouxe importantes e significativas mudanças em âmbito internacional, sendo um instrumento garantidor de cidadania e dignidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não se trata de um Tratado Internacional¹¹, razão pela qual é definido como documento. Entretanto, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos não seja um Tratado Internacional, possui força cogente por abarcar o direito internacional de costumes e os princípios gerais do direito, sendo devidamente reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU). A Declaração Universal dos Direitos Humanos integrou em seu texto a Carta Internacional dos Direitos Humanos, trazendo uma nova visão dos direitos do homem para o homem.

Esse documento aboliu a influência direta da religião sobre a política, entretanto, possuiu o intuito de unir todos os cidadãos de forma pacífica, com o objetivo de declarar a igualdade entre os povos, primando pela convivência harmônica entre todos, independente de qualquer característica ou condição socioeconômico e histórica. Esse documento internacional foi o marco para a preservação dos direitos humanos, uma vez que antes

¹⁰ Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹¹ O conceito de tratado é dado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigo 2º, que diz ser este: “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”. Assim, tratado internacional seria um compromisso formal que faz lei entre os Estados-partes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é um tratado, e sim uma resolução da Assembleia Geral da ONU, considerada norma costumeira de Direito Internacional Público.

dele não houve um documento com tanta influência e que expressasse com veemência a igualdade dos povos.

Muitos são os objetivos dessa declaração, a qual possui um elevado padrão ético de igualdade social e humana para todos. A Constituição de muitos países tem como base ou como modelo a ser seguido, essa declaração, a qual mais que instituir direitos, traz deveres, na medida em que devem ser respeitados em prol da cidadania.

Muitos são os documentos internacionais para a proteção dos direitos humanos. As crianças e os adolescentes, por não possuírem seu desenvolvimento completo, necessitam de especial proteção. Assim sendo, importantes documentos internacionais foram criados para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, dentre os quais podem ser citados os seguintes: “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing”, “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança”, “Convenção nº 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Recomendação nº 190 da OIT sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação”, “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados”, “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil”¹², todas de cunho humano.

Todos os documentos acima listados são de relevante importância para a proteção das crianças, no entanto, dentre estes possui destaque a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, sendo ratificada no Brasil em 24 de setembro de 1990¹³.

Segundo André Rodrigues Amin¹⁴, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, estabeleceu-se pela primeira vez, a doutrina da proteção integral, fundada em três pilares, os quais, segundo ela, seriam:

1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2º) crianças e jovens têm direitos à

¹² Os documentos internacionais elencados nesse tópico foram extraídos da obra Direitos Humanos: Documentos Internacionais, da Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 553 p. Brasília, 2006.

¹³ A convenção sobre os Direitos da Criança entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990.

¹⁴ Andréa Rodrigues Amim é promotora de justiça da infância e da juventude e membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos inculpidos na Convenção com absoluta prioridade¹⁵.

Em igual sentido, o preâmbulo desta convenção está em consonância com os princípios fundamentais das Nações Unidas e demais tratados de direitos humanos. Essa convenção ratifica que as crianças, em razão de sua vulnerabilidade, necessitam de proteção tanto por parte das autoridades quanto pela família, reafirmando a importância de se respeitar os direitos e valores destas.

A Convenção sobre os Direitos da Criança possui cinquenta e quatro artigos para amparar as crianças em matéria de defesa de direitos. A alienação parental fere diretamente os direitos das crianças e dos adolescentes, eis que surge em um contexto de discórdia familiar, nos casos de disputas pela custódia infantil, fazendo com que os direitos da criança à convivência familiar e comunitária sejam desrespeitados e esquecidos.

Assim sendo, a Convenção sobre os Direitos da Criança é um importante instrumento para a defesa dos direitos desta. Alguns artigos merecem destaque especial.

O artigo 1º desta convenção¹⁶ traz o conceito de criança, a qual é definida como pessoa menor de dezoito anos, a exceção dos casos em que a lei confere a maioridade mais cedo. O artigo 2º da referida convenção¹⁷, por sua vez, afirma que os direitos nela contidos possuem aplicabilidade a todas as crianças sem qualquer exceção, possuindo o Estado a obrigação de protegê-las contra todos os meios de discriminação, adotando-se as medidas necessárias.

O artigo 3º da mesma convenção¹⁸ trata do interesse superior da criança, possuindo ligação direta no Brasil com o princípio do melhor interesse da criança, em que o Estado

¹⁵ AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. 3ª Ed. Revista e atualizada. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cap. 02, p. 12

¹⁶ Artigo 1º - Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.

¹⁷ Artigo 2º - 1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

¹⁸ Artigo 3º - 1. **Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.** 2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e

deve garantir a estas os cuidados necessários, visando seu bem-estar quando o interesse desta colide com o da pessoa que possua sua guarda ou autoridade. Deve ser garantido às crianças o funcionamento de serviços voltados a sua proteção.

Por sua vez, o artigo 4º desta convenção¹⁹, trata da aplicação por parte do Estado dos direitos nela contidos às crianças. O artigo 5º, por sua vez, cuida do respeito aos direitos da família em fornecer às crianças a orientação necessária a evolução sadia destas, assim estabelecendo:

Artigo 5º - Os Estados Partes respeitam as responsabilidades, direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos membros da família alargada ou da comunidade nos termos dos costumes locais, dos representantes legais ou de outras pessoas que tenham a criança legalmente a seu cargo, de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhe são reconhecidos pela presente Convenção.

Como se observa, os pais ou membros da família têm o dever de bem orientar as crianças quanto a seus direitos, sendo esta tarefa respeitada pelo Estado.

Já no artigo 6º desta convenção, o que se verifica é o direito à sobrevivência e desenvolvimento das crianças, quando este assim estabelece: “Artigo 6º - 1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes asseguram na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”. Nesse sentido, o Estado possui o dever de assegurar as crianças o seu direito à vida.

A criança não possui somente o direito à vida. Inúmeros são os direitos das crianças. Um dos direitos da criança que é diretamente afetado pela alienação parental, é o direito à convivência familiar e comunitária.

Alienação parental, conforme previsão da Lei nº 12.318/2010, é:

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este²⁰.

Alienar seria, pois, o ato de denegrir a imagem do genitor do polo oposto da relação de parentesco, criando sobre esta figura parental uma imagem de cunho negativo, de

asseguram que a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização. (grifo ao texto original)

¹⁹ Artigo 4 - Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela presente Convenção. No caso de direitos económicos, sociais e culturais, tomam essas medidas no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário, no quadro da cooperação internacional.

²⁰ Artigo 2º da Lei de alienação parental.

modo a afastar a criança ou o adolescente daquele. Conforme a letra da lei, a alienação parental pode ser promovida por um dos genitores, ou pelos avós ou quaisquer pessoas que tenham a criança ou adolescente sob sua guarda.

Quando um dos genitores aliena uma criança ou adolescente contra seu outro genitor, visa destruir os laços afetivos existentes entre este genitor e seu filho. Isso se dá, quando das ações de judiciais pela custódia de criança/adolescente, após um divórcio conflituoso.

Todavia, ainda que os pais se divorciem, rompendo os laços de conjugalidade, a parentalidade permanece, sendo direito da criança conviver com ambos os genitores. A Convenção sobre os Direitos da Criança não foi omissa quanto a esse direito, assim estabelecendo:

Artigo 9º -

1. Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.

2. Em todos os casos previstos no n.º 1 todas as partes interessadas devem ter a possibilidade de participar nas deliberações e de dar a conhecer os seus pontos de vista.

3. Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

4. Quando a separação resultar de medidas tomadas por um Estado Parte, tais como a detenção, prisão, exílio, expulsão ou morte (incluindo a morte ocorrida no decurso de detenção, independentemente da sua causa) de ambos os pais ou de um deles, ou da criança, o Estado Parte, se tal lhe for solicitado, dará aos pais, à criança ou, sendo esse o caso, a um outro membro da família informações essenciais sobre o local onde se encontram o membro ou membros da família, a menos que a divulgação de tais informações se mostre prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes comprometem-se, além disso, a que a apresentação de um pedido de tal natureza não determine em si mesmo consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas. (grifo ao texto original)

Conforme se observa, mesmo com o divórcio dos pais, a criança possui o direito de conviver e manter contato com ambos.

Para reunir a família, a criança e os seus pais possuem o direito de deixar ou ingressar em qualquer país, tudo para manter as relações familiares. É o que está previsto no artigo 10 da convenção²¹ em comento, o que demonstra a importância das relações pai/mãe e filho para a criança.

²¹ Artigo 10 - 1. Nos termos da obrigação decorrente para os Estados Partes ao abrigo do nº 1 do artigo 9º, todos os pedidos formulados por uma criança ou por seus pais para entrar num Estado

Por sua vez, o artigo 11 desta convenção, aborda sobre o deslocamento ilícito de crianças, e diz:

Artigo 11 -

1. Os Estados Partes tomam as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro.
2. Para esse efeito, os Estados Partes promovem a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos existentes.

Nos casos de deslocamento ilícitos de crianças para o estrangeiro, seja por um dos pais ou terceiros, o Estado possui o dever de agir para evitar esse tipo de atitude ilegal.

Em conformidade com o artigo 12 da convenção, a opinião da criança deve ser levada em consideração.

Artigo 12 -

1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.
2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

O que se verifica é que a criança possui o direito de exprimir sua opinião sobre assuntos que sejam de seu interesse. Destaque-se, entretanto, que nos casos de alienação parental, deve-se fazer uma análise apurada para desvendar se a opinião emitida pela criança é verdadeiramente sua, ou se está sob influência.

De um modo geral, esta convenção possui o condão de proteger as crianças de qualquer agressão. Nesse sentido, destaque especial possui o artigo 19, que diz:

Artigo 19 -

1. Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à protecção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.

Parte ou para o deixar, com o fim de reunificação familiar, são considerados pelos Estados Partes de forma positiva, com humanidade e diligência. Os Estados Partes garantem, além disso, que a apresentação de um tal pedido não determinará consequências adversas para os seus autores ou para os membros das suas famílias. 2. Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Partes tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contactos directos regulares com ambos. Para esse efeito, e nos termos da obrigação que decorre para os Estados Partes ao abrigo do nº 2 do artigo 9º, os Estados Partes respeitam o direito da criança e de seus pais de deixar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu próprio país. O direito de deixar um país só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente Convenção. (destaque acrescido)

2. Tais medidas de protecção devem incluir, consoante o caso, processos eficazes para o estabelecimento de programas sociais destinados a assegurar o apoio necessário à criança e aqueles a cuja guarda está confiada, bem como outras formas de prevenção, e para identificação, elaboração de relatório, transmissão, investigação, tratamento e acompanhamento dos casos de maus tratos infligidos à criança, acima descritos, compreendendo igualmente, se necessário, processos de intervenção judicial.

Assim, o Estado possui o papel de proteger a criança de quaisquer tipos de maus tratos por parte dos responsáveis, devendo criar programas para prevenir abusos e garantir tratamento às vítimas dessas agressões.

Nesses termos, embora não possua um documento internacional de direitos humanos específico sobre alienação parental, observa-se que a dignidade humana das crianças e adolescentes deve ser preservada contra qualquer forma de violação a estas. As crianças estão amparadas pelos documentos internacionais de protecção aos direitos do ser humano, e em especial àqueles que protegem os menores de dezoito anos, como é o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual inclui a protecção às crianças contra o instituto da alienação parental pelo simples fato desta ser agente violador das garantias infanto-juvenis.

Assim, os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como todos aqueles de cunho humano consagrados na órbita internacional, e ratificados no âmbito interno, possuem tutela na Constituição Federal pátria através do respeito às normas estabelecidas em prol da dignidade da pessoa humana, fundamento e princípio assegurado pela República Federativa do Brasil.

Tutela dos direitos humanos na constituição do brasil

A Constituição do Brasil tutela os direitos humanos advindos de documentos internacionais, os quais foram por ele ratificados. Referida Constituição possui em seu corpo normativo uma gama de princípios e direitos de cunho humano para a preservação da dignidade da pessoa humana, insculpido em seu artigo primeiro como sendo um fundamento da República Federativa do Brasil.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

A Constituição do Brasil traz os direitos fundamentais ao ser humano. Quando se fala em direitos fundamentais, tem-se que estes relacionam-se com os direitos constitucionalizados, direitos internos, reconhecidos no corpo da constituição, ou seja, são aqueles próprios do homem, positivados na Constituição do Brasil, e, conseqüentemente, na seara do direito constitucional. Os direitos contidos em documentos internacionais, em sendo ratificados pelo Brasil, passam a vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a previsão de direitos e garantias fundamentais de cunho humanístico nem sempre esteve presente na Carta Suprema da nação brasileira. Foi com a Constituição de 1988 que o Brasil atingiu seu apogeu em termos de democracia, posto que as constituições anteriores a esta não continham em seu corpo os valores sociais e humanos que hoje se acham da Lei Maior. As constituições brasileiras anteriores à atual possuíam um cunho autoritário, diferente da Constituição vigente, que embora imponha respeito por ser a norma suprema da nação brasileira, trouxe fundamentos antes não adotados, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana²².

A Constituição do Brasil trouxe como objetivos da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os incisos III e IV não constavam das constituições anteriores, o que demonstra que a Constituição atual rompeu com os velhos paradigmas autoritários ampliando os direitos do homem e do cidadão, objetivando a melhoria da qualidade de vida a todos os cidadãos brasileiros.

O artigo 4º da Constituição do Brasil, por sua vez, traz em seu inciso II, a prevalência dos direitos humanos como princípio regente da República Federativa do Brasil nas relações internacionais, e diz: “Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos”. Nesse sentido, a Constituição reporta-se aos direitos humanos em sentido técnico, como sendo aquele reconhecido no plano internacional.

Foi por meio da Constituição do Brasil de 1988 que houve a consolidação plena dos direitos humanos. No que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição

²² A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil e estão expressos na Constituição do Brasil, no artigo 1º, incisos II e III, respectivamente.

em vigor primou pela igualdade entre os gêneros, a qual está prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição do Brasil²³. Igualmente, a atual Constituição ampliou as liberdades, impôs função social à propriedade, criou regras de proteção ao hipossuficiente (consumidor), estabeleceu novas garantias processuais, consagrou o racismo um crime imprescritível, acrescentou direitos sociais em seu bojo²⁴, entre outras mudanças positivas em prol da igualdade.

A atual Constituição, além de prever inúmeros direitos e garantias antes não previstos, ainda trouxe em seu bojo a previsão de remédios constitucionais, tais como o “habeas corpus”, “habeas data”, mandado de segurança, entre outros, visando garantir a eficácia dos direitos nela previstos em favor do homem, seja enquanto ser individual ou como coletividade.

A Constituição do Brasil é a base do ordenamento jurídico brasileiro. Dela advém toda a legislação infraconstitucional, diversas ramificações de direitos, as quais são divididas e subdivididas de modo a especificar os vários ramos do saber. Bem verdade que não existem vários ramos do saber em direito, pois tudo é um conjunto que compõe os chamados direitos, deveres e garantias dos cidadãos. Entretanto, em que pese ser feita uma separação didática do direito, os direitos humanos não se constituem como sendo mais uma disciplina autônoma. “Direitos humanos” é o cerne de todos os demais “direitos”²⁵.

Por ser a raiz dos direitos fundamentais, os direitos humanos possuem tutela constitucional. Embora possuam conceitos diferentes, os direitos fundamentais e humanos possuem íntima relação. A Constituição atual primou pela construção de um Estado Democrático de Direito, e isso a diferenciou das constituições anteriores. Embora toda a Constituição trate do respeito aos direitos humanos, dois títulos desta possuem destaque especial, são eles o I e o II, onde o primeiro trata “Dos Princípios Fundamentais” e o II trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Com relação aos princípios fundamentais, verifica-se que os direitos humanos estão consagrados na Constituição do Brasil de forma técnica, direitos reconhecidos no plano

²³ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

²⁴ Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição do Brasil, que possui nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010, e diz: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²⁵ Expressões entre aspas para destacar que só há um direito, o direito de todos, o direito humano.

interno. Já no que diz respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, este não é um rol taxativo, pois permite que seja inserido a eles outros direitos e garantias para a igualdade humana.

Ao se falar em princípios, direitos e garantias fundamentais, asseguram-se ao homem, cidadão, pessoa humana, prerrogativas que se perfectibilizam com a igualdade, liberdade, fraternidade, tudo de modo a assegurar vida e convivência digna entre todos. Esses direitos possuem previsão constitucional, no entanto, reconhecê-los e declará-los existentes não é suficiente para garantir que não haja violação.

Segundo o artigo 5º, § 1º da Constituição do Brasil, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim sendo, verifica-se que os direitos fundamentais do homem, tais como os direitos humanos, devem ser respeitados, implementados e assegurados com a máxima brevidade, eis que aqueles são os direitos do homem reconhecidos e consagrados na Constituição do Brasil.

Independentemente do governante em exercício, a Constituição e suas prerrogativas de defesa aos direitos humanos devem ser respeitadas e resguardadas pelo Poder Judiciário, que possui o dever de zelar pelo disposto na Lei Maior, sempre observando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na teoria, os direitos humanos já estão devidamente positivados e garantidos. Na prática, por sua vez, a construção desses direitos ainda é lenta, gradual, mas progressiva, posto que depende de conscientização social e política.

Os direitos humanos existem em razão da dignidade que só ao homem é conferida pela simples razão de ser pessoa humana, sujeito de direitos e detentor de deveres.

Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana possui ligação direta com o pensamento de Immanuel Kant. Essa afirmação dá-se ao fato de que este filósofo tinha o sujeito como centro de seus estudos, sendo o primeiro a reconhecer que o homem não possui valor comercial. Para esse filósofo, o ser humano tem valor central no sistema de direitos, e por ser fonte de múltiplas potencialidades, não pode ser equiparado à coisa.

Segundo Kant, ou se possui preço, ou dignidade, e ao homem é conferido esta última. Ele assim estabelece:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.²⁶

Para o mencionado filósofo, dignidade humana possui equivalência com liberdade. Na atualidade, a dignidade humana possui maior abrangência do que o simples fato de o homem ser racional e, conseqüentemente livre. Dignidade humana é conferir aos seres humanos um mínimo de condições para realizar os atos da vida, como alimentação, vestuário, lazer, educação, trabalho, saúde, condições mínimas que toda pessoa deve ter para possuir uma existência digna, conceito abstrato. A dignidade humana é algo que compete aos seres humanos pelo simples fato de pertencer ao gênero humano.

A dignidade da pessoa humana é um princípio, previsto de forma expressa no artigo 1º, inciso III, da Constituição do Brasil. A estruturação do sistema jurídico em princípios faculta maior proximidade com os valores. Os valores, embora não sejam normas, como o são os princípios e regras, expressam as preferências que uma determinada sociedade considera relevantes e culminam por informar o conteúdo dos princípios, que por sua vez expressam o das regras.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana foi criado para a preservação da dignidade do homem. O princípio da dignidade da pessoa humana orienta os demais princípios elencados na Constituição do Brasil e implica deduzir que o Estado existe em função do indivíduo e não o contrário. O foco principal deixa de ser o Estado e se transporta para a pessoa humana.

O ser humano é credor de um mínimo de direitos, os quais independem de qualquer critério, que não o simples fato de possuir condição humana.

Segundo Miguel Reale²⁷, quando são colocados em confronto dois valores fundados em premissas distintas, é a dignidade da pessoa humana que irá direcioná-los para um ponto de convergência, fazendo com que, muitas vezes, um desses valores, ou ambos, tenham que curvar-se ao valor-fonte.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que inspira todo o sistema, orientando as normas e regras jurídicas e respaldando os demais princípios jurídicos. A partir da positivação constitucional desse valor-fonte, que se irradiou por todo o sistema

²⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

²⁷ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: RT, 1998, p. 209.

jurídico, passou a ser necessária uma releitura do ordenamento jurídico, à luz da matriz valorativa que é a dignidade humana.

De acordo com Pena Júnior, “a dignidade da pessoa humana é tão importante que, mesmo aquele que a desconhece, merece tê-la preservada²⁸”. Assim, verifica-se que a dignidade é valor essencial a todos os seres humanos.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet estabelece que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva do homem, que necessita de proteção do Estado:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁹

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser o modelo final para o qual deve convergir toda interpretação normativa. As atividades do Estado devem ser pautadas objetivando promover dignidade.

Nesse sentido, ingressando na seara da alienação parental, observa-se que esta viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que retira da criança – ser humano em formação, direitos básicos como o de convivência familiar, retirando-lhe o mínimo existencial como o direito a estar junto de sua família e possuir um sadio crescimento.

A dignidade da pessoa humana deve ser preservada por ser um atributo conferido a todo ser humano, e independente de ser um princípio ou um direito absoluto, está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o centro de todos os direitos fundamentais.

A dignidade humana é um princípio ou um direito absoluto?

É inegável que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Entretanto, existe muita divergência na doutrina quanto à valoração da dignidade humana.

²⁸ PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

A dignidade da pessoa humana envolve o conceito de direitos fundamentais e de direitos humanos, unindo todos os direitos inerentes ao homem.

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes, a dignidade da pessoa humana possui valor supraconstitucional. Este considera a dignidade da pessoa humana como sendo um super princípio³⁰, o que vai de encontro ao pensamento de Robert Alexy que tem nos princípios, a visão de que admitem ponderação.

Nesse sentido, para Alexy, o princípio da dignidade humana, não é um princípio absoluto. Este autor entende que este princípio pode ser ponderado com outros, a exemplo da democracia e da soberania, e para tanto, desenvolveu um método de ponderação. Com esse método, entende que é possível contrapor princípios fundamentais, que em uma análise superficial não implicaria a possibilidade de prevalência de um sobre outro. Para este jurista, a dignidade humana não pode ser restringida ou violada, mas pode ser relativizada.

Reconhecer a prevalência de outro princípio sobre o da dignidade da pessoa humana não acarreta necessariamente sua violação, posto que este deve ser respeitado. No entanto, para Alexy³¹, a dignidade humana deve ser considerada como norma-princípio. Quando norma-princípio, ela pode colidir com outros princípios e ser, conseqüentemente, relativizada.

Para o citado autor, o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, não é absoluto, e diz:

O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana³².

Assim, a dignidade humana é um princípio não absoluto, posto que pode ser ponderada com outros com o mesmo grau, hierarquia e qualidade.

O doutrinador Luís Roberto Barroso compartilha do entendimento de Alexy, quando conceitua a dignidade da pessoa humana como um princípio e não um direito absoluto.

Para esse doutrinador, a dignidade da pessoa humana é um princípio que:

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

³² ALEXY, 2008, p. 114.

identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência³³.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo base para a interpretação das normas democráticas. Esse princípio, consagrado na Constituição do Brasil no artigo 1º, inciso III, também se constata do artigo 170, *caput*³⁴, quando este visa assegurar a todos uma existência digna. Entretanto, é possível relativizá-lo, quando realizada a proporcionalidade deste com outros princípios que possuem elevada importância constitucional, a exemplo dos previstos no artigo 1º da Constituição do Brasil³⁵.

Ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, por força do artigo 102, “*caput*”, da mesma, que diz “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, cabe fazer a interpretação do texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana, um de seus fundamentos, e um princípio garantidor da igualdade jurídico-formal dos cidadãos.

Segundo Flávia Piovesan³⁶, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado, sob pena de determinado ato ser considerado inconstitucional. Para ela, esse princípio é o mais importante de todos. Nesse sentir, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, embora não seja, via de regra, um direito absoluto, está intimamente ligada ao princípio da igualdade³⁷, visando garantir um mínimo de condições para equiparar todos os seres humanos. Esse entendimento está em consonância com a legislação internacional em matéria de direitos humanos, bem como com a Constituição do Brasil, os quais convivem em harmonia em defesa da dignidade.

³³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323.

³⁴ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

³⁵ No artigo 1º da Constituição do Brasil encontram-se vários princípios, como o federalismo, a democracia, a legalidade, a soberania do Estado e do povo, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 393-394.

³⁷ Segundo Paulo Bonavides, os direitos constitucionais nasceram abraçados ao princípio da igualdade. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 518)

Paralelo existente entre as normas advindas dos tratados internacionais e a constituição do Brasil

Inicialmente, cumpre mencionar que compete ao Presidente da República, nos termos do artigo 84, inciso VIII, da Constituição do Brasil, “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Assim, uma vez assinado um tratado internacional, o Brasil o tem como autêntico e definitivo, o qual necessita de apreciação e aprovação do Poder Legislativo, para posterior ratificação do Poder Executivo, e consequente executoriedade interna.

Existe, pois, uma diferença entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os demais tratados.

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuiriam aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição do Brasil, que diz: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O artigo continua e diz: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, nos termos do artigo 5º, §3º do mesmo diploma legal.

A Constituição do Brasil possui um leque de direitos e garantias, não comportando, pois, um rol taxativo.

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

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
(destaque acrescido)

No caso, há abertura para o reconhecimento de novos direitos, sejam explícitos ou implícitos. Estes últimos decorrem da interpretação sistemática da Constituição.

Impende, pois, desvendar se os tratados internacionais incorporados à Constituição do Brasil por força do 5º, § 2º, possuem natureza constitucional ou infraconstitucional. Há divergência na doutrina sobre o assunto, havendo diferença, inclusive, quando se trata de tratados internacionais de direitos humanos e os de cunho geral.

Com relação aos tratados internacionais de direitos humanos que passam a vigor no Brasil, uma primeira corrente entende que essas normas possuem natureza jurídica

supralegal, inferiores somente à Constituição do Brasil. Gilmar Mendes é um dos defensores desse posicionamento.

Por outro lado, autores como Flávia Piovesan³⁸, entendem que os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, por força do artigo 5º, § 2º da Constituição do Brasil, constituindo-se, pois em uma segunda corrente. Seguindo esse posicionamento, entende-se que em caso de haver conflito entre a Constituição do Brasil e um tratado de direitos humanos, haveria um conflito de normas constitucionais, ao que se aplicaria a norma mais favorável.

Há, por sua vez, uma terceira corrente, que defende que os tratados de direitos humanos possuiriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, prevalecendo, pois, em relação as normas internas. Desse entendimento compartilha o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC n. 79.785-RJ, do Supremo Tribunal Federal – STF, em maio de 2000, além de Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 90.172-SP, em junho de 2007, e do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008³⁹.

No entanto, há autores que compartilham de outro entendimento, que seria a quarta corrente, no qual os tratados de direitos humanos seriam superiores até mesmo a Constituição⁴⁰.

Já com relação aos demais tratados internacionais, entende-se que estes possuem hierarquia infraconstitucional, por força do artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição do Brasil, pelo fato de que este confere ao Supremo Tribunal Federal competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Assim, os tratados internacionais de cunho geral, sendo equiparados à lei ordinária ou vistos como uma ordem supralegal, possuiriam hierarquia infraconstitucional.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

³⁹ Os julgados mencionados podem ser encontrados no site do Supremo Tribunal Federal nos seguintes links, respectivamente: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+79785+RJ%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>>; <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479172>>; <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2011.

⁴⁰ Segundo Flávia Piovesan (*op. cit.* p. 91-93), pode-se citar Agustin Gordilho, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Hildebrando Accioly e Marotta Rangel, como defensores desse posicionamento.

A Constituição do Brasil engloba direitos e princípios internacionais por ela adotados, o que demonstra que os documentos normativos internacionais possuem relação com a legislação brasileira em matéria de defesa de direitos.

A atual Constituição do Brasil abomina toda e qualquer forma de discriminação entre os seres humanos. Declara ainda a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios norteadores das relações internacionais.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos.

Sendo a República Federativa do Brasil signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cabe-lhe cumprir as disposições ali elencadas, garantindo a efetividade destes direitos a todos os seres humanos, em nível interno no Estado Federal, bem como em nível externo no âmbito de suas relações internacionais.

Fazendo, pois, um paralelo entre as normas advindas dos tratados internacionais e a Constituição do Brasil, o que se percebe é que os direitos neles contidos, especialmente os humanos, quando ratificados internamente, possuem aplicabilidade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, a Constituição atual resguarda os direitos humanos, e, para tanto, reconhece as obrigações internacionais nessa seara, contribuindo para a internacionalização dos direitos humanos.

Outrossim, o princípio da prevalência dos direitos humanos rege a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, vinculando o país a respeitar e aceitar as decisões proferidas pelos tribunais internacionais quando versem sobre os direitos do homem, a exemplo daquelas prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴¹.

O princípio da prevalência dos direitos humanos não se restringe a submeter o Brasil às normas de direito internacional de direitos humanos, mas significa a busca pela efetivação plena da integração dessas normas ao ordenamento jurídico interno.

Desse modo, a Constituição atual, diferentemente das constituições anteriores, eleva os direitos humanos ao nível de princípio norteador em matéria de defesa de garantias e respeito ao cidadão brasileiro, bem como regente das relações internacionais.

⁴¹ O Brasil aceita a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde o ano de 1998. Informação extraída do sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

Muitos são os entendimentos, normas, direitos, e garantias de cunho internacional inseridos no Brasil. Dentre eles, a doutrina de proteção integral da criança ganha destaque em matéria de defesa e proteção das pessoas em desenvolvimento.

Doutrina da proteção integral da criança no ordenamento brasileiro

A doutrina da proteção integral, incorporada pelo Brasil após a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, surgiu com a Liga das Nações em 1924, por meio da Declaração de Genebra. Essa entidade do âmbito internacional antecedeu à ONU, e a partir dela outras convenções, conferências, e declarações foram criadas de modo a trazer observância à sociedade de que as crianças e adolescentes necessitam de especial proteção⁴².

Ao serem incorporados os valores da mencionada convenção no Brasil, importantes inovações surgiram no país. A proteção integral traz como novidade a transferência do dever de cuidado das crianças e adolescentes para toda a sociedade, reconhecendo-as como seres em desenvolvimento, que por constituírem-se como continuidade das gerações, necessitam de amparo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora não seja um documento específico para as crianças e adolescentes, traz em seu bojo a previsão de cuidados especiais a elas. Porém, foi com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU aos 29 de novembro de 1959, e, conseqüentemente, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que a doutrina da proteção integral se solidificou.

De acordo com Andréa Rodrigues Amin, a atualização da Declaração Universal dos Direitos Humanos se fazia necessária para resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes de forma específica. Para essa autora:

a ONU, atenta aos avanços e anseios sociais, mormente no plano dos direitos fundamentais, reconheceu que a atualização do documento se fazia necessária. Em 1979 montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44⁴³.

⁴² Sobre o tema consultou-se a obra: TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. rev. ampli. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

⁴³ AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Revista e atualizada. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cap. 02, p. 12

Assim, com a criação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a figura da doutrina da proteção integral surge, estando inserida na Constituição do Brasil em seu artigo 227, “em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”⁴⁴, e estabelece:

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

A doutrina de proteção integral foi observada quando da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, e diz:

Art. 3º **A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.**
(grifo ao texto original)

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.

A Constituição do Brasil, seguida pelo ECA, impôs a competência de assegurar os direitos da criança e do adolescente à família, a sociedade e ao Estado. Quando a Constituição prevê a esses três entes tal responsabilidade, não o faz sem propósito. Por primeiro, faz referência a família numa clara demonstração de que esta é possuidora de condições naturais para garantir proteção à criança e o adolescente. Em segundo plano, a sociedade é colocada em destaque de modo a garantir, juntamente com a família e o Estado, a formação das crianças e adolescentes. Por último, cabe ao Estado, em relação de corresponsabilidade com os dois institutos anteriores, primar pela defesa dos interesses das crianças e adolescentes, pondo-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme disposto no artigo citado.

Dentre os direitos estabelecidos pela doutrina de proteção integral, estão o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e o direito à convivência familiar e comunitária.

A doutrina de proteção integral faz uma divisão entre o que antes estava previsto no Código de Menores e o que hoje está estabelecido pelo Estatuto da Criança e do

⁴⁴ AMIM, 2009, p.11

Adolescente. Com a doutrina da proteção integral, a criança deixa de ser objeto para ser sujeito de direitos e obrigações no ordenamento jurídico.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça a doutrina da proteção integral, consagrada na Constituição do Brasil, passando a tratar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento. Em razão dessa condição, estas merecem especial proteção. O antigo Código de Menores⁴⁵ regia através da segregação, sem se preocupar com a manutenção dos vínculos familiares.

Nesse sentido, a sociedade caminha para a valorização das relações afetivas como sendo fator fundamental de respeito e dignidade às crianças e adolescentes. Com a atual legislação de amparo a estas, e levando em consideração que a alienação parental é um meio de destruição da integridade psicológica, e, conseqüentemente, da dignidade humana das crianças e dos adolescentes, verifica-se que a doutrina da proteção integral, aliada a legislação em matéria de defesa dos direitos destas, é suficiente para resguardá-las de quaisquer formas de violação em seus direitos.

A doutrina da proteção integral, criada em âmbito internacional, insere-se no cenário nacional de modo a reconhecer que as crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e que, em razão de sua fragilidade, necessitam de proteção. Insere-se, ainda, no contexto da alienação parental, uma vez que esta causa danos à saúde emocional das crianças e adolescentes, afetando diretamente o direito à convivência familiar e comunitária.

⁴⁵ O Código de Menores foi revogado pela Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Aquele possuía um caráter estritamente penal, punitivo. Atualmente, com a doutrina de proteção integral, os direitos das crianças e dos adolescentes são reconhecidos, tendo em vista que estes são pessoas, que por estarem em fase de desenvolvimento, devem ser asseguradas a eles condições para seu pleno desenvolvimento.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES COMO PRINCÍPIOS PRIORITÁRIOS

As crianças e os adolescentes, por serem pessoas em formação, necessitam ter seus direitos e garantias resguardados. Em sede de ordenamento jurídico pátrio, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma série de deveres a serem observados pela família, assim como a Constituição Federal, em seus artigos 227 a 229, tudo visando resguardar os direitos das crianças e adolescentes até se desenvolverem completamente. Porém, os deveres subjetivos, inerentes aos pais enquanto detentores do poder familiar, não constam na legislação, vez que decorrem da própria família enquanto instituição.

Conforme o mencionado artigo 227 da Constituição do Brasil, é dever tanto da família, quanto do Estado e da sociedade zelar pelos interesses das crianças e dos adolescentes, valor este inserido no texto da Lei nº 8.069/1990, em seu artigo 4º. Uma vez que os direitos destas devem ser preservados por todos, estes são tidos como princípios prioritários.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Assim sendo, é menor aquele que possui dezoito anos de idade incompletos. Nesse sentido, a prioridade aos direitos das crianças e dos adolescentes dá-se em razão de sua pouca idade, e conseqüente inexperiência.

Segundo o Código Civil, em seu artigo 1º, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Contudo, as pessoas menores de dezesseis anos são consideradas absolutamente incapazes para exercer de forma pessoal os atos da vida civil, enquanto os maiores de dezesseis e menores de dezoito, são tidos como relativamente incapazes.

Segue transcrição dos dispositivos do Código Civil:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

Nesses termos, essa proteção prioritária de direitos conferida às crianças e adolescentes, deve-se ao fato de que as pessoas menores de dezoito anos não possuem capacidade plena, que só é atingida com a maioridade. Por isto, o legislador constitucional resolveu proteger as crianças e os adolescentes de forma especial, garantindo seus direitos fundamentais, tudo visando seu desenvolvimento como cidadão brasileiro e pessoa humana.

A prioridade dos direitos das crianças e adolescentes pode ser verificada por meio de simples leitura do “caput” do artigo 227 da Constituição do Brasil. Esse artigo estabelece que os direitos destas devem ser assegurados com absoluta prioridade.

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.

Em igual sentido, estabelece o “caput” do artigo 4º do ECA:

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.

No parágrafo único do citado artigo, verifica-se o que constitui essa garantia de prioridade aos menores.

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.

As crianças e os adolescentes, por não apresentarem o desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, moral, e social, completo, carecem de atenção especial, com proteção prioritária.

De acordo com Liberati:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes.⁴⁶

⁴⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 04-05.

Como se observa, as necessidades das crianças e dos adolescentes devem estar prioritariamente na pauta de discussões do governo, para que seus direitos sejam respeitados, evitando possível violação.

Nesse passo, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes merecem respeito, devendo ser vistos pela sociedade como um todo, como verdadeiros princípios, tudo com o objetivo de permitir que as pessoas em desenvolvimento possam crescer e atingir a plenitude do ser humano em termos de potencial.

Conceito de princípio

De acordo com Paulo Bonavides⁴⁷, os princípios fundamentam o sistema jurídico, sendo considerados normas primárias. Essa normatividade dos princípios pode ser observada da conceituação formulada por Crisafulli, em 1952, e diz:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém⁴⁸.

Segundo Bonavides, o conceito de princípios foi formulado pela Corte Constitucional italiana em 1956, por uma de suas sentenças, e diz:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico⁴⁹.

Assim sendo, os princípios são elementos norteadores do ordenamento jurídico. Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, onde a expressão “mandamento” é utilizada em sentido amplo, incluindo permissões e proibições⁵⁰. Esses mandamentos podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, as quais são determinadas por princípios e regras que colidem entre si.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 275.

⁴⁸ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, p. 15, *apud*, Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 257.

⁴⁹ BONAVIDES, 2011, p. 256-257.

⁵⁰ ALEXY, 2008, p. 90.

De acordo com o mencionado jurista, “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*.⁵¹” O que se verifica é que os princípios, considerados regras de conduta, não necessitam de provas para serem observados e cumpridos.

Desse modo, os princípios possuem íntima relação com os valores, sendo que aqueles situam-se no âmbito deontológico, no campo do dever-ser, enquanto que estes localizam-se no âmbito do axiológico, seara do bom. Assim, os princípios são claramente manifestos, ao que o direito os prefere sobre as demais normas.

Como os princípios expressam a ideia de otimização – tornar algo ótimo, ideal – seriam normas de elevado grau de generalidade.

Diferença entre norma, regra, princípio, política pública

Diferenciar o que seria norma, regra, princípio, e política pública não é tarefa fácil. Com esse objetivo, foram criadas várias teorias⁵², pois a diferença entre os mencionados conceitos é de extrema valia para compreensão da força de cada um deles no ordenamento jurídico pátrio. Foi com o advento da atual Constituição do Brasil que os direitos fundamentais ganharam destaque, surgindo confusão entre os referidos conceitos.

Normas são a base de uma obrigação, um dever, seja ele permissivo ou proibitivo, o qual emana de interpretação do texto da lei. Desse modo, uma única legislação é composta de várias normas, pois muitos são os significados que se atribui a cada dispositivo legal. Cada intérprete extrai da lei inúmeros significados, ou ao contrário, pode retirar de um conjunto de leis uma única interpretação, o que se chama de norma.

A norma funciona como um critério de reconhecimento. Se um direito fundamental funciona como um limite ao conteúdo da lei, por exemplo, a sua disposição está já em funcionamento, mesmo que não haja a expressão “garantia” de forma explícita. Assim, o poder judiciário deve considerar-se obrigado a respeitar e proteger aquele direito constitucionalmente garantido. Desse modo, qualquer sistema constitucional baseado em direitos, aos quais ele lista como invioláveis os torna operantes não somente por meio de formas de proteção específicas, mas, por tratar os direitos como fundamentais.

⁵¹ ALEXY, 2008, p.104.

⁵² Não se pretende explicar cada uma, mas diferenciar os conceitos.

Nesse sentido, segundo Robert Alexy, as normas são vistas como enunciados normativos.⁵³ Essa afirmação dá-se uma vez que as normas são expressas através deles. Todavia, para o citado autor, “a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos”⁵⁴, ao que os critérios para identifica-la devem ser buscados no nível da norma, que vai além do texto legal. O que importa para as normas é que estas sejam reconhecidas e, conseqüentemente, observadas. Tendo em vista que as disposições contidas na Constituição do Brasil estão acima das demais normas que regem a vida em sociedade, são consideradas normas jurídicas e não simples reivindicações de direitos.

As normas de direito fundamental, por sua vez, são aquelas expressas por disposições de direitos fundamentais. Alexy entende que “normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”⁵⁵. O citado autor refere-se às disposições fundamentais da Constituição alemã, seu país, ao que perfeitamente aplicável à Constituição do Brasil por ser teoria de direitos fundamentais.

De acordo com Paulo Bonavides, as normas compreendem as regras e os princípios⁵⁶. Assim, norma e regra seriam diferentes na medida em que as regras são espécie do gênero norma. Esse doutrinador reproduz em sua obra, as lições do jurista Robert Alexy. Para Alexy, as normas são gênero das espécies regras e princípios. As regras seriam normas com baixo grau de generalidade, possuindo uma diferença qualitativa em relação aos princípios. O mencionado autor assim afirma em sua obra:

As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível⁵⁷.

Nesse passo, regra é norma, pois diz o que deve ser, seja proibindo ou permitindo.

Os princípios, por sua vez, segundo Paulo Bonavides⁵⁸ e Robert Alexy⁵⁹, em suas respectivas obras, seriam normas com alto grau de generalidade, as quais têm de ser cumpridas dentro do possível e na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes,

⁵³ ALEXY, 2008, p. 56.

⁵⁴ ALEXY, 2008, p. 54.

⁵⁵ ALEXY, 2008, p. 68.

⁵⁶ BONAVIDES, 2011, p. 271.

⁵⁷ ALEXY, 2008, p. 91.

⁵⁸ BONAVIDES, 2011, p. 277-279.

⁵⁹ ALEXY, 2008, p. 85-92.

configurando-se, pois, em mandamento de otimização. Assim, os princípios seriam normas mais gerais que podem ser aplicadas a uma série de situações.

Embora os princípios, na qualidade de direitos fundamentais estejam no ápice do ordenamento jurídico, podem sofrer restrições. Os princípios fundamentais exigem maior proteção para a liberdade de suas ações.

Com o advento do pós-positivismo, os princípios passaram a ser tratados como direitos, podendo impor obrigações legais. Assim, os princípios são reconhecidos no ordenamento jurídico como direitos a serem respeitados. Havendo colisão entre estes, far-se-á o devido sopesamento por meio da proporcionalidade, conforme teoria de Robert Alexy.

As normas abrangem os princípios e as regras. Bonavides é claro ao dispor que não há distinção entre princípios e normas. Ele assim explica:

Os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios da doutrina, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie⁶⁰.

A distinção entre regras e princípios, por sua vez, não é recente, mas ainda gera muita discussão. De acordo com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, regras e princípios são normas. Para ele, as regras e os princípios se referem ao dever-ser e, em razão disto, ambos seriam normas. Nesse sentido, distinguir princípios e regras seria diferenciar dois tipos de norma.

As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Devem ser cumpridas desde que sejam válidas, devendo fazer-se exatamente o que ela exige, sem ultrapassar os limites de sua exigência para mais ou menos. Os princípios, pois, são direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Bonavides segue essa distinção formulada por Alexy, e em sua obra afirma que:

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência⁶¹.

Segundo Paulo Bonavides, existem algumas teorias para distinguir regras de princípios, segundo as lições de Robert Alexy. Para este não existe critério distintivo que seja suficiente para, sozinho, fazer a exata diferenciação entre esses conceitos – primeira

⁶⁰ BONAVIDES, 2011, p. 288.

⁶¹ BONAVIDES, 2011, p. 288.

tese; em segundo lugar, este jurista admite que existe diferença entre regras e princípios baseado no grau de generalidade de cada um; já a terceira tese defendida entende que a diferença entre regras e princípios se dá tanto por questões de grau de generalidade quanto qualitativa. A esta terceira tese chama-se de critério gradualista-quantitativo⁶².

Com relação às políticas públicas, cumpre dizer que seriam ações positivas do Estado frente à sociedade. Para Alexy, os direitos dos cidadãos em face do Estado podem ser divididos em dois grupos, aqueles cujo objeto corresponde a uma ação fática e outros cujo objeto diz respeito a uma ação normativa⁶³. Seria uma ação positiva fática aquela que independente da forma como se realize, satisfaça o direito, estando fundamentada no mínimo existencial. Já a ação positiva normativa é aquela positivada no ordenamento jurídico-legal, pois constitui o direito a criação de normas por parte do Estado.

As políticas públicas possuem ligação direta com os objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam:

Art. 3º (...)

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Visando igualar todos os seres humanos, a Constituição do Brasil elenca em seu texto metas a serem alcançadas. Esses objetivos perfectibilizam-se através das ações afirmativas ou políticas públicas, de modo a promover a dignidade humana de cada membro da nação.

Segundo Alexy, “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa”.⁶⁴ Como se observa, o direito a prestações é compreendido de forma ampla, que ao contrário de uma abstenção estatal, exige uma ação positiva por parte deste.

Nesse sentido, toda e qualquer ação do Estado deve ser realizada no afã de promover justiça social, igualdade, dignidade. O fator dignidade humana é o fundamento para respaldar determinadas ações estatais.

⁶² BONAVIDES, 2011, p. 248-250.

⁶³ ALEXY, 2008, p. 201.

⁶⁴ ALEXY, 2008, p. 442.

Inegavelmente, a dignidade humana reflete a ideia de justiça, que embora seja um princípio que pode ser ponderado, deve ser respeitado. Os direitos humanos estão alicerçados em princípios⁶⁵. No Brasil, os direitos humanos estão sedimentados nos princípios fundamentais do artigo 1º da Constituição Federal. Os princípios não são somente valores, pois possuem força normativa. Os direitos fundamentais do homem emergem do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade posta na Constituição do Brasil é conferida à pessoa, pois mais que conferir direitos humanos ao gênero, esta é concedida ao indivíduo, juntamente com outros valores fundamentais, tais como cidadania, soberania, entre outros, para a construção de uma sociedade democrática.

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, passou a ser tratado como direito com o advento do pós-positivismo.

Os princípios, que passam a ser vistos como direitos fundamentais, necessitam possuir eficácia em face da antiga hermenêutica, posto que esta raramente decifra o sentido daqueles. Os tradicionais métodos de interpretação seriam impotentes para interpretar os direitos fundamentais, ao que surgiu a necessidade de se criar uma nova hermenêutica que considerasse o círculo de proteção que envolve cada direito fundamental, bem como as leis, normas legais e infralegais, e demais mandamentos constitucionais que fossem além dos antigos métodos⁶⁶.

Segundo Bonavides, os direitos fundamentais é que orientam as Constituições. Para ele, “Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça⁶⁷”. De acordo com o citado autor, na lei encontra-se o princípio da legalidade, enquanto que nos direitos fundamentais reside princípio superior, o da constitucionalidade.

Assim, a grande transformação pela qual passam os princípios reside não só em sua normatividade, mas verifica-se em razão de que aqueles possuíam outrora um caráter supletivo, enquanto que hoje foram convertidos em fundamento para a ordem jurídica vigente, passando de princípio geral de direito para um princípio constitucional⁶⁸.

⁶⁵ Ideia que se extrai da leitura das obras de Robert Alexy e Paulo Bonavides, citadas ao longo do trabalho.

⁶⁶ BONAVIDES, 2011, p. 607.

⁶⁷ BONAVIDES, 2011, p. 616.

⁶⁸ BONAVIDES, 2011, p. 289.

Esses princípios estão no topo da pirâmide normativa, ao que estão acima das normas, sendo a própria norma fundamental. Com o pós-positivismo, os princípios tornaram-se mais do que normas, transformaram-se em verdadeiros direitos consagrados pelo ordenamento jurídico.

Paulo Bonavides, assim se manifesta:

Partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios – cristalizada no conceito de sua fecundidade – é possível chegar, numa escala de densidade normativa, ao grau mais alto a que eles já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional⁶⁹.

O que se verifica é que os princípios possuem importante papel no mundo jurídico, repercutindo no campo fático quando de sua efetividade, ou mesmo divulgação, e observância.

Um princípio que ganhou destaque na Constituição atual foi o da dignidade da pessoa humana. Este princípio, embora seja destinado a todas as pessoas indistintamente, possui aplicação especial quando se trata de direitos das crianças e dos adolescentes, de modo a resguardá-las de qualquer forma de violação à sua integridade.

Inúmeras são as formas de violação aos direitos das pessoas, em especial, as pessoas em desenvolvimento. Sendo assim, as regras positivadas não são capazes de, isoladamente, resguardar direitos fundamentais. Assim, os princípios entram em cena não só para interpretar normas, mas para buscar a integração destas.

A alienação parental surge como um agente violador de direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Lei específica sobre o tema somente veio a ser editada no ano de 2010, embora medidas para combater seu avanço constem das normas gerais contidas na Constituição do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e demais legislações pertinentes ao assunto.

Em especial, medidas de proteção para as pessoas em desenvolvimento encontram-se positivadas na Constituição do Brasil, e arraigadas em princípios constitucionais, que, atualmente, possuem largo alcance para abranger os mais variados tipos de direitos.

⁶⁹ BONAVIDES, 2011, p. 274.

A proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes

Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes estão previstos na Constituição do Brasil e na Lei nº 8.069/1990, que traz, no Título II, a temática “Dos Direitos Fundamentais”. Para tanto, prevê o direito à vida e à saúde; o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; o direito à convivência familiar e comunitária, prevendo os institutos da família natural, da família substituta, da guarda, da tutela, e da adoção; o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e o direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

O que se verifica é que as crianças e os adolescentes possuem os mesmos direitos dos adultos, acrescidos de outros que são específicos para as pessoas em desenvolvimento.

O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que para a “interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Trata-se, pois, do instituto da hermenêutica, interpretando os valores contidos no mencionado estatuto.

Interpretando os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, reconhece-se que intrinsecamente está prevista a dignidade humana destas. Seus direitos possuem ordem de preferência em relação aos demais por força do princípio da prioridade absoluta.

A prioridade em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes está inserida no comentado artigo 4º da Lei nº 8.069/1990. Esse artigo traz as seguintes expressões em seu texto: no “caput” fala em “absoluta prioridade”; no parágrafo único destacam-se as palavras “primazia” na alínea “a”; “precedência de atendimento” na alínea “b”; “preferência” na alínea “c”; e na alínea “d”, “destinação privilegiada”.

Nesse sentido, Robert Alexy⁷⁰ entende que embora os direitos das crianças e dos adolescentes possuam prioridade sobre os das pessoas já desenvolvidas, há casos em que esse princípio é ponderado para ficar sob outros direitos em favor da coletividade, o que ele chama de colisão de direitos fundamentais.

Por óbvio, os direitos fundamentais são garantidos a todas as pessoas, independente da idade que possuam, pois o que o sistema brasileiro não admite é que

⁷⁰ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p.67-79.

seres humanos vivam em condições indignas de sobrevivência. Se o princípio da dignidade da pessoa humana vier a colidir com o da prioridade absoluta das crianças e adolescentes, far-se-á a devida ponderação para demarcar o grau de utilização de cada um desses princípios.

O legislador ao estabelecer que os direitos fundamentais consistem na garantia mínima de dignidade às pessoas, também considerou que às crianças e aos adolescentes esses direitos devem ser conferidos com absoluta prioridade em relação aos demais.

Especificamente em relação ao tema da alienação parental, direitos fundamentais como o da saúde; liberdade, respeito, dignidade; e o direito à convivência familiar e comunitária, são flagrantemente desrespeitados. Cabe, pois, ao Poder Público implementar políticas públicas para a preservação desses direitos, os quais já estão positivados.

O direito à convivência familiar e comunitária

A convivência familiar e comunitária está disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, possuindo o “status” de direito fundamental. O mencionado direito possui relação direta com o instituto da guarda judicial. A guarda judicial, por sua vez, está inserida no mencionado estatuto no capítulo que trata do direito à convivência familiar e comunitária, de modo a ser um instituto de proteção às crianças e adolescentes.

Toda criança e adolescente tem direito a uma convivência harmoniosa em seu lar com ambos os genitores, demais familiares, e a comunidade em geral. Havendo ato omissivo ou comissivo de qualquer pessoa no sentido de tentar pôr fim a essa relação pacífica entre pais e filhos, ou criança e família/sociedade, deve-se buscar o manto do poder judiciário com vistas à regular e proteger esse direito.

De forma a proteger os direitos das crianças e adolescentes é que foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente pela lei nº 8.069/90, a qual traz em seu bojo uma gama de direitos e meios de proteção aos que não atingiram a capacidade civil de forma plena.

No que diz respeito à alienação parental, dois projetos de lei (nº 4.053/2008 e 5.197/2009), que em 26 de agosto de 2010 transformaram-se em lei (nº 12.318/2010), foram propostos com o objetivo de resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes em face dessa alienação. No entanto, o direito das pessoas em desenvolvimento que são

vítimas da alienação parental já estava amplamente resguardado pelo ECA e pelo Código Civil, quando tratam sobre o instituto da guarda judicial.

É importante destacar que o responsável pela criança e/ou adolescente, ao trazer para si a responsabilidade de guarda dos mesmos, deve ter ciência de que assume compromisso de zelar pelo bem-estar destas, devendo prestar compromisso nos autos. O artigo 32 do ECA que estabelece que, “ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos”.

Aquele que detém a guarda fática de criança e/ou adolescente deve seguir os preceitos da norma legal, ainda que não seja por coercibilidade desta, mas por questões morais e éticas, uma vez que, tratando-se de pessoas em desenvolvimento, necessitam estas do cuidado da família.

Muitos são os direitos das crianças e adolescentes, todos de grande relevância, todavia, o direito que mais chama a atenção ao estar diante de uma criança alienada pelos pais é o de convivência familiar e comunitária. Referido direito foi consagrado pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 227, o qual foi recepcionado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em capítulo especial, além de estar esparsamente previsto ao longo do diploma citado.

Conforme mencionado alhures, somado ao direito de convivência familiar e comunitária, tem-se o direito à saúde, que engloba a saúde psíquica, e o direito ao respeito e à dignidade, por restarem claramente violados quando decorrente de uma relação de dominação e lealdade. Em alienação parental os filhos têm de optar por um ou outro genitor, isto sob os olhares, gestos e insinuações do genitor detentor da guarda fática – conhecido como genitor alienador, pessoa que convive maior parte do tempo com a criança/adolescente.

Nos termos do artigo 33 do ECA, a criança e o adolescente têm direito à assistência em caráter material, moral e educacional, estando esses direitos conferidos pelo instituto da guarda judicial. Visando garanti-los, a norma legal diz que aquele que detém a guarda da criança e/ou adolescente, pode opor-se a quaisquer pessoas que a desrespeitem, até mesmo aos pais. Segue transcrição da passagem normativa: “art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Uma vez que nas ações judiciais em que a alienação parental está presente, aquele que vai de encontro

aos direitos das crianças e adolescentes é, geralmente, um dos genitores, cabe ao outro genitor, em percebendo tal descaso, buscar proteger os direitos destas, quando se achem violados.

Como forma a proteger as vítimas de alienação parental, permitindo que estas convivam harmonicamente com ambos os genitores, parentes e amigos, necessário se faz dar oportunidade às crianças e adolescentes de expressar o seu desejo de ficar com qualquer dos pais ou informar ao juízo as suas preocupações, se possível, a depender da idade destas.

Com vistas a resguardar o direito de a criança/adolescente ser ouvida em juízo é que foi criado o artigo 28, § 1º do ECA, o qual foi alterado pela lei nº 12.010/09 para dispor o seguinte:

§ 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (grifo ao texto original)

O depoimento dos menores nos casos de alienação parental deve ser muito bem analisado para descobrir se suas afirmações são realmente de sua autoria ou mero reflexo do que diz, constantemente, seu genitor alienador.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito à convivência familiar está previsto no já transcrito artigo 4º, e no artigo 16, inciso V, que assim prevê: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação”. Referido direito está previsto, ainda, no Capítulo III do Título II do mesmo diploma legal, que trata dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, assim dispondo:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Ao se afirmar que o direito à convivência familiar e comunitária é importante, e que, em casos de crianças e/ou adolescentes em processo de alienação parental, este é violado, isto se deve ao fato de que o genitor alienador tenta romper os laços de afeição entre filho e o outro genitor, bem como procura afastar todos aqueles que fazem parte do círculo familiar e de amizade deste.

É o que diz o estudioso Richard Alan Gardner⁷¹:

Normalmente a criança está obcecada com “ódio” do parente. (...) O ódio do parente muitas vezes se estende para incluir todos os parentes (...). Primos, tias, tios e avós, com quem a criança já possuía relações afetivas, agora são vistos como igualmente detestáveis.⁷²

Esta atitude leva o menor alienado a desprezar, temer ou odiar todas as pessoas que de alguma maneira possam ser favoráveis ao genitor alvo⁷³.

Uma vez que a família é o pilar onde se apoia a sociedade e conforme o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira, goza de especial proteção do Estado, deve ser preservada, atentando-se a defender as crianças e adolescentes, parte mais afetada em um divórcio conflituoso.

O melhor interesse da criança

O melhor interesse da criança trata de um princípio jurídico para a proteção e defesa dos direitos das pessoas em desenvolvimento. Esse princípio tem repercutido nas decisões judiciais, quando a pauta é a preservação dos direitos das crianças.

De acordo com Andréa Rodrigues Amim, o princípio do melhor interesse da criança trata-se de um “princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”⁷⁴. Para ela, o melhor interesse da criança é princípio garantidor do respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

O princípio do melhor interesse da criança está contido na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em seu artigo 3º, que diz: “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o

⁷¹ GARDNER, Richard Alan. Judges Interviewing Children in Custody/Visitation Litigation. *Journal Family Lawyer of New Jersey*, vol. VII, n. 2. Disponível no link: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr87.htm>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

⁷² O texto original diz: “Typically the child is obsessed with “hatred” of a parent. (...) The hatred of the parent often extends to include that parent’s (...). Cousins, aunts, uncles, and grandparents, with whom the child previously may have had loving relationships, are now viewed as similarly obnoxious”.

⁷³ Segundo Richard Alan Gardner, o genitor alienador ao afastar o filho dos familiares e amigos do outro genitor, impede que aqueles influenciem de modo a tentar uma aproximação entre genitor oposto e filho.

⁷⁴ AMIM, 2009, p. 12.

interesse superior da criança”. A observância desse princípio dá-se com vistas a garantir os preceitos contidos pela doutrina da proteção integral.

Segundo a mencionada escritora, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotou a doutrina da proteção integral “reconhecendo direitos fundamentais para a infância e adolescência, incorporada pelo artigo 227 da CF e pela legislação estatutária infanto-juvenil”.⁷⁵

Assim, a Constituição do Brasil incorporou o princípio do melhor interesse da criança à suas disposições, servindo de fundamento para a legislação infraconstitucional. Apesar de não estar inserido, explicitamente, em nenhum comando normativo nacional, tal princípio está amparado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, §2º e diz:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desse modo, observa-se que tal princípio está inserido no ordenamento jurídico brasileiro de modo a resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes ao direito fundamental de possuir uma convivência familiar com ambos os genitores.

O princípio do melhor interesse da criança é uma das colunas de sustentação da doutrina da proteção integral. Isso dá-se ao fato do reconhecimento da condição peculiar das crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento. É o que diz o artigo 6º do ECA: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança possui relação com o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, e o princípio da prioridade absoluta. Entretanto, o melhor interesse da criança, assim como todos os demais princípios, é passível de ponderação.

Ao resguardar o melhor interesse da criança, protege-se a criança de quaisquer tipos de violação. Esse princípio tem imperado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, segundo notícia extraída de seu sítio eletrônico, cujos trechos transcreve-se:

Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ
Quando se trata de disputas por guarda de menores, processos de adoção e até expulsão de estrangeiro que tem filho brasileiro, o que tem prevalecido

⁷⁵ AMIM, 2009, p. 27.

nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o melhor interesse da criança.

(...)

O artigo 1º da Lei n. 12.010/2009 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor, que devem prevalecer sobre os demais⁷⁶.

Portanto, o melhor interesse da criança é aquele que, de fato, atende as necessidades desta. Quando se fala em melhores condições, não se está referindo ao lado econômico/financeiro e sim a todas as esferas da vida. O genitor que apresentar melhores condições financeiras, mas não suprir as demais necessidades dos filhos, no que se refere a amor, carinho, cuidado, educação, respeito, convivência social, entre outros, não será capaz de zelar por eles. Ou seja, é necessário que aquele que possui a guarda, seja detentor de equilíbrio emocional para reger sua vida e, conseqüentemente, administrar a de uma criança.

De acordo com Andréa Rodrigues Amim, o “princípio do melhor interesse da criança é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude”⁷⁷. Assim, o princípio do melhor interesse da criança deve ser observado. Sua materialização é dever de toda a sociedade.

O que se presume é que o afeto se mostra insuficiente quando há desequilíbrio psíquico/emocional por parte do guardião da criança. Em todo caso, a sociedade caminha para a valorização das relações afetivas como sendo fator fundamental de respeito e dignidade às crianças e adolescentes.

Princípio da afetividade

O afeto parte das relações interpessoais, possuindo ligação direta com a família, a qual, na atualidade, passa por profundas alterações. A Constituição do Brasil, em seu artigo 226, tutela a família como base da sociedade, de modo que deixa transparecer a importância desse instituto para o direito.

É por meio das relações entre seres humanos, que o afeto nasce de modo a regular a vida em sociedade, o que fez surgir o princípio da afetividade.

⁷⁶ Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668>. Acesso em: 25 out. 2011.

⁷⁷ AMIM, 2009, p. 29.

Sobre a afetividade, Maria Berenice Dias aborda com propriedade, e diz:

Não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas⁷⁸.

Com o passar do tempo, mudanças sociais e comportamentais são inevitáveis. A figura do pai era de uma espécie de provedor da família, o qual não se preocupava com a educação e criação dos filhos, mas tão somente em mantê-la financeiramente. A mãe, por sua vez, possuía um papel submisso, não trabalhava, cuidava apenas da educação dos filhos, ao que estes possuíam respeito por ela, mas tinham como autoridade do lar o pai.

Devido a evolução da sociedade onde a mulher passou a manter a família e o homem a se preocupar com a educação e cuidado com os filhos, a autoridade do lar deixou de se concentrar em uma figura patriarcal para ser moldada por laços de afetividade⁷⁹. O afeto é, hoje, o ponto fundamental que rege as relações de família.

Embora não haja a previsão expressa no texto constitucional da palavra “afeto”, este se encontra consagrado na Constituição do Brasil por força do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil estabelece o conceito de família na medida em que define que parentes são aqueles que compõem a linha reta e colateral até o quarto grau.

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Entretanto, para a sociedade, família é o conjunto de pessoas unidos por laços de afetividade, independente do grau. O Código Civil também estabelece o seguinte: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

A sociedade está mudando seus conceitos a cada dia, seja em razão de políticas públicas, ou mesmo pela democracia e globalização. Devido às dinâmicas alterações no

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. p.01. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20rio,_bigamia_e_uni%20est%20vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 15 out. 2011

⁷⁹ Como visto a afetividade possui ligação com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, inciso I, da Constituição do Brasil, bem como com o artigo 226, §5º, que diz: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

globo, novas formas de relacionamento surgiram ou floresceram devido a maior importância que atualmente se dá aos direitos humanos.

Estando em voga a dignidade humana como ponto chave para a promoção do respeito e da tolerância, a sociedade passou a aceitar as novas formas de família, desvinculando-se da tradicional regra de que família é aquela formada por homem/marido, mulher/esposa e criança/filho.

A sociedade passou a ver a família como sendo o conjunto de pessoas pelas quais se possui afeto. Não é raro famílias constituídas por tios e sobrinhos, padrastos e enteados, casais homoafetivos, além de famílias monoparentais, entre tantos outros tipos de família, que independente de como e por quem sejam formadas possuem especial tutela jurisdicional.

Comunga desse pensamento, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, que diz:

Seja a família composta por um homem e uma mulher, casados ou conviventes e seus filhos, seja a família monoparental (art. 226, §§1º, 2º, 3º, 4º, da CF/88) ou substituta (artigos 28 a 52 do ECA), a entidade familiar permanece sob a proteção do Estado (art. 223 da CF/88)⁸⁰.

A família é aquela unida por laços de afetividade, sendo esse princípio de extrema importância. No Estatuto da Criança e do Adolescente, a afetividade é observada em seu artigo 28:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

(...)

§ 3º **Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (destaque acrescido)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem observado em suas decisões, o princípio da afetividade, atribuindo a guarda de crianças e adolescentes àquele genitor que possui, com estas, laços de afetividade, independentemente, da condição financeira, em uma clara demonstração da importância das relações de afeto para o desenvolvimento destas.

RECURSO ESPECIAL Nº 964.836 - BA (2007/0151058-1)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : M L C A
ADVOGADO : ALINE RODRIGUES DE CARVALHO
RECORRIDO : A P DOS S
ADVOGADO : BRANCA DE NEVE ROSAS ROCHA
EMENTA:

⁸⁰ MACIEL, 2009, p. 11-17.

Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de guarda de menores ajuizada pelo pai em face da mãe. (...) - **Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA. - A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação.** (...) Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta. (...) - Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade. Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo⁸¹. (grifo ao texto original)

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. **PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE.** IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (...) 8. **É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.** 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. (...) 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá

⁸¹ Decisão extraída do sítio eletrônico do STJ, julgada em 02 de abril de 2009. Essa decisão, assim como as demais proferidas pelo Colendo STJ, tem o condão de demonstrar para as famílias e a sociedade, a importância da manutenção dos laços afetivos para as crianças e adolescentes. Seu inteiro teor, está disponível no link: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=861183&sReg=200701510581&sData=20090804&formato=PDF>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido.⁸²(destaque acrescido)

Conforme decisões transcritas, observa-se que as recentes decisões que envolvem crianças e adolescentes em litígios de guarda, observam, além do melhor interesse da criança, os laços de afetividade entre genitor e filho, garantindo o direito à convivência familiar.

Em uma sociedade que a cada dia abandona seus conceitos previamente concebidos para ampliar seus horizontes no amor entre os homens, surge a fraternidade, o respeito recíproco, a afetividade, princípio jurídico.

A alienação parental surge em meio a um conflito entre o princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança, ambos direitos garantidos às crianças e adolescentes, os quais, caso não sejam respeitados, violam diretamente os direitos humanos daquelas.

Sendo assim, necessário conhecer o instituto da alienação parental para verificar em que sentido esta violaria os direitos humanos das crianças e dos adolescentes, bem como qual seria sua relação com os princípios jurídicos norteadores das garantias destas.

⁸² Decisão extraída do sítio eletrônico do STJ, julgada em 27 de abril de 2010. Seu inteiro teor, está disponível no link: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=966556&sReg=200602091374&sData=20100810&formato=PDF>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

CAPÍTULO 3

A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO AGENTE VIOLADOR DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de conceituar o que seria o instituto da alienação parental, faz-se necessário compreendê-la enquanto agente violador dos direitos da pessoa humana.

Os direitos fundamentais estão previstos ao longo do texto constitucional, muitas vezes manifestados sob a forma de princípios jurídicos. A preocupação com a preservação dos direitos fundamentais é em nível internacional. Com os direitos das crianças e dos adolescentes não é diferente. A alienação parental possui relação direta com a criança e o adolescente na medida em que surge em um contexto de divórcio, quando das disputas pela guarda judicial, fazendo da criança uma espécie de brinquedo ou marionete, posto que a obriga a escolher por um dos genitores.

Em alienação parental há uma disputa pela guarda ou pelo afeto. De um lado há um genitor (guardião) desesperado e furioso, temendo perder o filho para o outro genitor, e de outro, há um pai ou mãe (genitor não-guardião) impotente e desestimulado, que não entende o motivo do ódio ou do medo de seus filhos. Na verdade, ocorre um jogo de manipulações. Um dos genitores coloca a criança contra o outro. No meio de toda esta encenação de uma trama real, estão os filhos, usados como prêmio.

O maior problema da alienação parental são as consequências causadas às crianças e adolescentes. Aliado à fragilidade da própria idade destas, há uma gama de fatores de ordem natural e provocados que levam as crianças e adolescentes a se ressentirem contra o outro genitor. Dentre as diversas situações que levam a esse distanciamento, tem-se o ciúme da nova família, a distância entre os períodos de visitação, as novas relações interpessoais, o tempo, a demanda e morosidade dos processos judiciais de guarda e regulamentação de visitas, dentre outros.

Como visto, problemas naturais afetam as crianças quando de um divórcio conflituoso, no entanto, o genitor que aliena deseja mostrar sua superioridade em relação ao outro genitor.

Diante da desestruturação familiar, a alienação parental é um instituto cada vez mais presente no cotidiano das famílias brasileiras, o que se observa através das muitas ações judiciais de guarda e divórcios litigiosos. A alienação parental tem preocupado e envolvido os operadores do direito em intermináveis debates acerca deste fenômeno que

já foi regulamentado no ordenamento jurídico de países como Estados Unidos, Canadá, alguns países europeus, e agora no Brasil, por meio da Lei nº 12.318/2010.

A tipificação da alienação parental foi fundamental sob três óticas. A primeira proteger a criança ou adolescente dos abusos dos genitores, permitindo que seus direitos sejam respeitados, dentre eles o direito a saúde, que envolve a saúde psíquica e emocional, e o direito a convivência pacífica e familiar com ambos os genitores.

Como segunda ótica, a importância da tipificação da alienação parental se deu como forma de ajudar aos magistrados a fundamentar suas decisões judiciais e torná-las mais céleres. Com a nova lei, o parecer do assistente social e o laudo do psicólogo podem ser específicos em identificar a alienação parental, o que contribui em muito para formar o juízo de valor dos magistrados, o que antes era impossível em razão da ausência de previsão legal específica.

Por fim, reconhecer a existência da alienação parental é uma forma de manter unida a família, base da sociedade, permitindo que os envolvidos sejam tratados tempestivamente, bem como que sejam resgatados os laços perdidos com o rompimento da relação conjugal.

Uma vez que a alienação parental visa romper os laços de afetividade entre os membros da família, viola os direitos fundamentais e humanos das crianças e dos adolescentes, desrespeitando o princípio do melhor interesse da criança, o princípio da afetividade e a dignidade da pessoa humana.

Poder familiar e sua influência no direito à convivência familiar e comunitária

A guarda judicial dos filhos está diretamente ligada ao poder familiar. O casal, ao divorciar-se, continua detendo o poder familiar em relação à prole, independentemente de viver com esta sob o mesmo teto ou não.

Conforme a doutrinadora Andréa Rodrigues Amin⁸³, a doutrina da proteção integral faz uma divisão entre o que era previsto no Código de Menores e o que hoje está estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, com o advento da expressão poder familiar, em substituição a antiga nomenclatura pátrio poder, onde o poder do pai em relação aos filhos foi repassado a família, o filho deixa de ser objeto de

⁸³ AMIM, 2009, p. 11-17.

direitos para ser sujeito de direitos, vez que é membro da organização familiar e, portanto, detentor de direitos e obrigações.

O poder familiar, ou seja, a autoridade dos pais sobre os filhos, está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, quando diz que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Complementa-se a este dispositivo o artigo 226, § 5º do mesmo diploma legal, o qual reza que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Com isso, tem-se que a titularidade do poder familiar é de ambos os pais.

Poder familiar relaciona-se com o instituto da guarda de crianças e adolescentes. O tipo de guarda mais utilizado pelo Judiciário é a natural, aquela prevista no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1634, inciso II, do Código Civil. Ressalte-se que em litígios pela custódia dos filhos, os pais tentam, a todo custo, manter ou adquirir a guarda das crianças para si.

O dever de guarda é mais que uma simples incumbência, é um direito dos filhos de ter em sua companhia pessoas que zelaram e desejam continuar zelando por seus direitos e suas necessidades enquanto não detentores da capacidade civil.

Assim sendo, a guarda é requisito para a garantia dos demais interesses das crianças e adolescentes, pois o possuidor desta deve cumprir seus deveres de guardião e permitir que o genitor não-guardião também possa participar ativamente da vida do filho, vez que também é detentor do poder familiar e, portanto, preservador dos interesses daquelas.

O instituto da guarda judicial e suas modalidades surgem de modo a regular as novas relações que aparecem no direito de família, como é o caso da alienação parental, expressão que vem crescendo e se difundindo no seio das famílias com divórcio conflituoso.

Na atualidade, as modalidades de guarda judicial estão bem definidas pela Lei nº 11.698/08 que altera os artigos 1583 e 1584 do Código Civil para instituir e disciplinar sobre a guarda compartilhada, determinando que a guarda poderá ser exercida de duas formas, unilateral e compartilhada.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que

não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º o (VETADO) . (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Conforme o §1º do artigo 1583 acima mencionado, a diferença entre guarda unilateral e compartilhada é que a primeira é atribuída a um só dos genitores, e a segunda a ambos os pais. Todavia, independentemente do tipo de guarda, é dever dos pais verificar se os interesses das crianças estão sendo respeitados.

Não se deve confundir poder familiar com guarda, pois esta é exercida por aquele que estiver com a custódia de fato ou legal da criança ou adolescente, seja em conjunto com o outro genitor, quando estes convivem maritalmente, ou de forma isolada, em casos de divórcio do casal. Já o poder familiar subsiste, ainda que o genitor não esteja com a guarda do menor.

O poder familiar e a guarda judicial estão diretamente ligados às questões de conflitos por custódia, sendo uma das formas pelas quais o Poder Judiciário atua na busca de solucionar os litígios e manter o equilíbrio da entidade familiar.

Graças ao desenvolvimento do modo de pensar da sociedade e, conseqüentemente, ao avanço da lei, a guarda não está associada à culpa de qualquer dos genitores pelo fim do relacionamento.

Hodiernamente, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição do Brasil, para prever que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, aboliu-se a necessidade de verificação de culpa ou separação judicial prévia, para o deferimento do divórcio e suas benesses para o que não foi

responsável pela separação⁸⁴. Devido a isto, para se deferir a guarda dos filhos a qualquer das partes, necessário saber se os interesses dos menores estão sendo preservados e por quem, não importando o motivo do divórcio. Equilíbrio é a palavra-chave na questão da guarda, aquele que o possui e o transmite a seus filhos é o que tem condições psicológicas para educá-los de maneira saudável.

O genitor que aliena a criança ou adolescente não conhece o conceito de equilíbrio ou, pelo menos, finge não sabê-lo, repassando aos filhos o rancor que carrega em relação ao genitor oposto. Por esta razão, a guarda compartilhada, que deveria ser regra no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁵, passa a ser exceção, sendo utilizada na maioria das vezes quando há consenso, ou pelo menos quando os conflitos entre o ex-cônjuges são mínimos.

Ao injetar na prole a visão de que o outro genitor é mau, que não o ama, não se interessa, gera nesta um sentimento de revolta com um misto de medo, de modo a afastar o filho do genitor. Trata-se, pois, de alienação parental.

Conforme mencionado, ao genitor alvo cabe-lhe o direito de fiscalização previsto pelo artigo 1589 do Código Civil⁸⁶, além do dever incumbido a todos de privar a criança e o adolescente de qualquer tratamento de caráter desumano, dentre outros dispostos no artigo 18 do ECA⁸⁷.

No entanto, para que o genitor alvo das críticas possa ter acesso ao que acontece com seus filhos em poder do outro genitor, faz-se necessário que o Estado intervenha de forma célere na querela e autorize, o mais breve possível, a perícia psicológica e social em favor da criança alienada, proporcionando-lhe após a verificação da presença de processo de alienação, medidas que impeçam seu avanço e averiguar a veracidade das alegações desta para não vir a punir aquele genitor que deseja, de fato, o seu bem-estar.

Como se observa, o poder familiar que é de ambos os genitores, tem sido violado quando de divórcios e disputas judiciais por custódia infantil, o que traz incontáveis prejuízos às crianças e adolescentes, que tem sua dignidade humana ferida.

⁸⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Método, 2010.

⁸⁵ Quando se fala que a guarda compartilhada deveria ser regra, refere-se ao fato de o poder familiar subsistir em meio ao divórcio, como previsto no artigo 1632 do Código Civil.

⁸⁶ Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

⁸⁷ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

As disputas judiciais por custódia infantil: crianças e adolescentes tratados como troféu

A criança ou adolescente, quando vítima de alienação parental, se vê diante de dois polos antagônicos, dentre os quais tem de escolher. O filho fica dividido entre os pais, entrando em um processo de angústia profunda e tristeza, pois é totalmente dependente do genitor que aliena, por ser geralmente aquele que possui sua guarda.

No entanto, neste mesmo íterim, possui um natural vínculo afetivo com o outro genitor, tendo que decidir por qual lado da relação de parentesco vai se aliar, e a escolha é, na maioria das vezes, pelo genitor guardião, vez que os sentimentos dela encontram-se manipulados por este.

Na medida em que um dos genitores programa a criança ou adolescente a odiar o outro genitor e a manipula, torna-se para esta a única pessoa em que ela pode confiar. Isto se deve ao fato de que o vínculo que se forma entre eles é tão profundo, devido à cumplicidade no ódio que nutre face ao genitor alvo e a superproteção em relação à criança, que qualquer ameaça a este laço é tida como um ataque à própria sobrevivência dos filhos.

O genitor que detém a guarda judicial ou de fato da criança e que pretende romper os laços de afetividade entre esta e seu outro genitor é chamado de genitor alienador, e ao genitor não-guardião, o qual é vítima de toda sorte de ataque, cabe a expressão genitor alvo.⁸⁸

Assim dispõe Maria Antonieta Pisano Motta sobre o comportamento do genitor alienador a seu filho:

É normal que o genitor alienador ameace o filho de abandoná-lo ou de mandá-lo viver com o outro genitor. A criança é posta numa situação de dependência e fica submetida regularmente a provas de lealdade. Este procedimento atua sobre a emoção mais fundamental do ser humano: o medo de ser abandonado.⁸⁹

De acordo com a autora, a criança vive sob a constante ameaça de ser abandonada se não seguir as diretivas impostas pelo genitor alienador. Assim sendo, a criança é obrigada a se privar da presença do outro genitor, além de ter que odiá-lo, ainda que em

⁸⁸ Genitor alienador e genitor alienado ou alvo são expressões propostas pelo psiquiatra infantil norte americano Richard Alan Gardner, estudioso que desenvolveu pesquisas sobre o comportamento das crianças e dos adolescentes quando de divórcios conflituosos, criando a expressão “Síndrome de Alienação Parental”.

⁸⁹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental. In: PAULINO, Analdino Rodrigues (Org.). Síndrome de Alienação Parental e a Tirania do Guardião: aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos. Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 49

alguns casos, esta, quando em presença apenas do genitor alvo, permita-se sentir-se à vontade com este.

O conflito surge porque o casamento não acabou de fato, pois alguns casais não resolvem suas vidas com o divórcio, mas ao contrário, continuam vinculados, porém não mais pelo amor e sim pelo ódio, rancor, orgulho ferido. Daí é importante dizer que o rompimento deste relacionamento de amor transforma-se no surgimento de um outro tipo de envolvimento, o vínculo pelo ódio, e nesta nova roupagem do casamento não há alternativa para o filho, senão aliar-se a um dos genitores.

Todas as questões de conflitos existentes entre os pais deveriam ser resolvidas entre eles, pois o filho não tem maturidade suficiente para compreender os motivos do fim do relacionamento. O genitor alienador, geralmente, usa o filho como um psicólogo, alguém que o possa ouvir, tendo a expectativa de que este o apoiará. No entanto, deve-se ter em mente que a criança não serve para tal papel, ela deve ser tratada como um ser da sua idade. O casal, geralmente o genitor alienador, não compreende que independentemente de viverem juntos ou não, a integridade emocional dos filhos deve ser preservada para seu sadio desenvolvimento.

Portanto, escolher por um dos genitores não é tarefa fácil para os filhos, tendo que fazerem um esforço sem tamanho para não machucar nenhum dos pais. Porém com o passar do tempo e a constante convivência na maior parte do tempo com o genitor alienador, estes passarão, muitas vezes, a repetir os sentimentos nelas incutidos por este em detrimento da sua relação afetiva com o genitor alvo até o ponto em que este relacionamento estará totalmente prejudicado, restando apenas buscar medidas judiciais e terapêuticas para tentar reverter ou ao menos minimizar essa situação.

Grande é a influência do genitor alienador perante seu filho, uma vez que este, por ser ainda menor, é subordinado à vontade daquele que detém sua guarda de fato. A criança exterioriza perante o Poder Judiciário a vontade nela persuadida pelo alienador e não os seus próprios desejos. Em suas declarações reproduz sentimentos do genitor alienador e não os seus sentimentos e emoções próprios, recusando qualquer contato com o genitor alvo, uma vez que este é visto pelo genitor alienador como uma ameaça a ser combatida veementemente.

Para o genitor alienador, suas acusações sempre estão certas e não permite ser contrariado. Para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta, existe diferença entre as acusações formuladas por um genitor dito “normal” e a as feitas por um genitor alienador. Segundo a referida autora, “o genitor alienador não fica aliviado ao saber que a

criança não foi atingida, fica, sim, desapontado.”⁹⁰ Nesse sentido, o genitor alienador manipula a criança usando todas as artimanhas para conseguir seu intento de afastá-la do genitor alvo.

O genitor alvo, por sua vez, é vítima de toda sorte de injúria, difamação e até mesmo calúnia. Deve-se ter em mente que o genitor alvo não é sinônimo de um mau pai ou mãe, e sim é levado a ser visto como tal por parte do genitor alienador. Ao tentar atingir o genitor não-guardião com insultos de que é um mau genitor, os filhos é que se ressentem, pois tais comentários nem sequer chegam a alcançar o ex-cônjuge, mas sim à criança ou adolescente que até mesmo se sente culpada da separação dos pais.

Assim sendo, o genitor alvo é impedido de conviver harmonicamente com seus filhos, tendo que suportar as consequências de ser tratado como vilão. Na tentativa de recuperar os laços de afetividade com os filhos, o genitor procura agradá-los de todas as maneiras, porém todos os seus gestos de carinho são insultados pelo genitor oponente.

Com a facilidade em se obter uma ação de divórcio, através dos mecanismos trazidos pela Lei nº 6.515/77, e demais leis posteriores que regulam uma rápida dissolução da sociedade conjugal quando haja consenso, o que dificilmente é o tipo de divórcio em que o contexto da alienação parental está inserido, as varas de família têm sido assoberbadas com tantos processos, nos quais se inclui a guarda judicial e regulamentação de visitas.

O Poder Judiciário ainda insiste na forma tradicional de deferir uma guarda judicial, ficando um dos genitores sob a responsabilidade dos filhos e o outro com o direito a visitação. Exceção a isto se dá a guarda compartilhada, a qual vem sendo incorporada cada dia mais no cotidiano dos brasileiros.

Em alienação parental, o genitor alienador utiliza-se de meios ardis para conseguir que a guarda judicial recaia sobre si em detrimento do outro genitor. É comum denúncias de abuso sexual para conseguir tal intento. Isso é o que se extrai das decisões judiciais, casos concretos. Em chegando ao Poder Judiciário tal alegação, imperioso para este, como protetor da entidade familiar e do bem-estar dos menores, deferir de pronto a guarda provisória para o genitor guardião e o imediato afastamento da criança e/ou adolescente do suposto causador do seu sofrimento, suspendendo os períodos de visitação.

O que se deve observar, no entanto, é que se deve verificar a veracidade de tal afirmação para que não venha a ser mais um ponto positivo em favor do genitor alienador,

⁹⁰ MOTTA, 2008, p. 45.

afastando ainda mais o convívio do filho com seu pai ou mãe, parente oposto da relação familiar. O Judiciário tem agido nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAS PATERNAS.

A acusação de abuso sexual deve ser vista com reservas, pois muitas vezes é instrumento em processo de alienação parental, sobretudo porque, no caso, a genitora (que levantou a suspeita) é diagnosticada como bipolar.

As visitas são um direito da criança, merecedora da proteção integral. Não se verifica qualquer possível prejuízo à infante, pois as visitas são autorizadas na forma supervisionada, em ambiente forense.

DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (Agravo de Instrumento Nº 70042944835, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/07/2011)⁹¹. (destaque acrescido)

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 ele um vínculo afetivo saudável. 2. **A mera suspeita da ocorrência de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai e filhos, mormente quando, depois da acusação feita pela genitora, ela entabulou acordo com o genitor ajustando regime de visitação flexível, não se verificando nenhum fato novo superveniente.** 3. **As visitas ficam mantidas** conforme ajustado e devem assim permanecer até que seja concluído o estudo social, já determinado. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70042216945, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 15/04/2011)⁹² (grifo ao texto original)

Assim, diante da difícil situação de porventura ser a medida de suspensão de visitas muito drástica, os juízes tem utilizado como alternativa as visitas supervisionadas, seja por uma pessoa de confiança do genitor guardião ou no próprio espaço do fórum.

Para Maria Berenice Dias, em seu artigo “Falsas Memórias”:

Esta notícia, levada ao Poder Judiciário, gera situação das mais delicadas. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio. Mas como o juiz tem a obrigação de assegurar proteção integral, reverte a guarda ou suspende as visitas e determina a realização de estudos sociais e psicológicos. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho.⁹³

⁹¹ Inteiro teor da decisão disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=70042944835&num_processo=70042944835&codEmenta=4249986&templntTeor=True>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

⁹² Inteiro teor da decisão disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal=de=justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_p processo_mask=70042216945&num_processo=70042216945&codEmenta=4094122&templntTeor=true>. Acesso em 19 de setembro de 2011.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Falsas memórias*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/falsas-memorias.cont>>. Acesso em 20 out. 2011.

Deve-se observar, entretanto, que nas ações judiciais de guarda e regulamentação de visitas em que não haja alegação de abuso sexual, em estando presente a alienação parental, outras afirmações de cunho negativo são apontadas face ao genitor alvo como forma de afastar de vez o relacionamento afetivo entre este e seu filho.

O Código Civil trata da proteção da pessoa dos filhos e dispõe o seguinte em seu artigo 1584, alterado pela Lei nº 11.698/08:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Em não havendo acordo entre os pais acerca da guarda do menor, a escolha cabe ao magistrado, o qual instruído pela perícia técnica, estudo social e parecer do Ministério Público vai decidir através de seu livre convencimento.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

Art. 21. O ~~pátrio poder~~ 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) Vigência

Desse modo, ao ser atribuído ao juiz o poder de decidir sobre a guarda e visitação dos filhos, estes são poupados da responsabilidade de escolher, evitando as chamadas crises de lealdade que tanto são prejudiciais às crianças e adolescentes.

Em alienação parental, a criança vive em um mundo de fantasias que não consegue evitar. Suas verdades convencem aqueles que a ouvem, até mesmo o juiz que é acostumado a lidar com difíceis situações. A mentira repetida tantas vezes pelo genitor alienador acaba se transformando em verdade para o filho, que repete todas as afirmações daquele, palavra por palavra.

Além das palavras repetidas, os gestos também dizem muito. A criança, ao ser questionada pelo magistrado ou pelo perito, está sempre atenta aos sinais do seu

guardião, sendo que cada olhar ou qualquer movimento o fará saber se está dizendo o certo, e recordar⁹⁴ de cada situação desagradável com o genitor alvo.

Desse modo, as causas e consequências da alienação parental estão diretamente ligadas às querelas judiciais pela custódia dos filhos. Conforme mencionado alhures, o §2º do artigo 1583 do Código Civil diz que a guarda será atribuída ao genitor que possuir melhores condições para exercê-la, além de mais aptidão para lhes propiciar afeto no relacionamento com o outro genitor e o grupo familiar, bem como saúde, segurança e educação.

Entretanto, em havendo o mau exercício da função de guardião, a guarda será perdida ou haverá suspensão ou destituição do pátrio poder, conforme mencionado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 129, inciso VIII e X,⁹⁵ respectivamente.

Aquele que, após um divórcio, possui a guarda de fato da criança e/ou adolescente e não lhe proporciona usufruir de seus direitos enquanto filho dos dois genitores, não é digno de manter o encargo de guardião. É o que ocorre nos casos em que há a presença da alienação parental, onde as crianças vivem em uma constante guerra, sendo tratadas como troféu.

Desse modo, conhecer o instituto da alienação parental é fundamental para que o direito das crianças e dos adolescentes seja devidamente respeitado.

Conceito e contexto da alienação parental

A alienação parental é um termo genérico que envolve muitos tipos de sintomas, abusos e maus-tratos causados por um genitor ou responsável em detrimento de uma criança e/ou adolescente.

O artigo 2º da lei de alienação parental traz seu conceito, e diz:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

⁹⁴ O genitor alienador costuma criar estórias de agressão, abandono, e por tantas vezes as repetir, as crianças por não possuírem o discernimento completo, passam a acreditar nelas, até mesmo fantasiando recordar-se de acontecimentos que nunca existiram.

⁹⁵ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...) VIII- perda da guarda; (...) X - suspensão ou destituição do pátrio poder familiar . (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Alienação parental é, pois, o ato de denegrir a imagem do genitor do polo oposto da relação de parentesco, criando sobre este uma imagem de cunho negativo, influenciando no pensamento, sentimentos e atitudes da criança alienada face ao genitor não-guardião.

O intuito da alienação parental é destruir os laços afetivos entre genitor não-guardião e filho, não distinguindo a diferença entre fim da conjugalidade e fim da parentalidade. O casal, muitas vezes, por não saber administrar os contornos do fim de um relacionamento, acaba por transmitir a sua não afetividade em relação ao(a) ex-companheiro(a) à seus filhos, iniciando na mente destes uma campanha de desmoralização em face do outro genitor, visando afastá-lo.

A alienação parental surge em um contexto de divórcio litigioso. Nesse sentido, as sequelas do fim do relacionamento se voltam, na maioria das vezes, para os filhos do casal, fazendo destes verdadeiros objetos para atingir o(a) ex-cônjuge. Para tal, todas as artimanhas e artifícios são utilizados com o objetivo de ferir a parte contrária nas referidas ações judiciais.

Segundo o dicionário jurídico⁹⁶, alienar significa transferir, *in casu*, transferir ao filho as frustrações e o ódio que o genitor alienador nutre em relação ao genitor alvo daquele. Ao tentar alienar uma criança em desfavor de outrem, no caso, seu(sua) genitor(a), busca-se romper os laços de parentalidade existente entre os mesmos, gerando pois a chamada síndrome de alienação parental (SAP), a qual é vista por muitos como sinônimo de alienação parental. Entretanto, existe uma diferença entre as duas expressões.

A síndrome de alienação parental embora ainda não seja reconhecida pela medicina, foi designada pelo psiquiatra infantil norte-americano Richard Alan Gardner⁹⁷ em 1985, quando do desenvolvimento de seus estudos acerca do comportamento das crianças no que tange as ações de divórcio judicial e no contexto das ações de guarda. Graças aos estudos desse psiquiatra e escritor, reconhece-se a existência de processo de alienação parental.

Mencionado autor aborda com propriedade acerca do instituto da síndrome de alienação parental e a conceitua, da seguinte maneira:

A síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua primeira manifestação verifica-se numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança,

⁹⁶ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Jurídico*. Série Compacta. 14.ed. Rio de Janeiro: Rideel, 2011, p. 32.

⁹⁷ Richard Alan Garner (1931-2003) foi psicólogo infantil e professor na Universidade de Columbia, Estados Unidos (1963-2003), sendo o criador da expressão Síndrome de Alienação Parental e grande estudioso do tema. Informação extraída do sítio eletrônico <<http://www.sos-papai.org>> Acesso em 20 de agosto de 2011.

uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) juntamente com a contribuição da própria criança para envilecer a figura parental que está na mira desse processo.⁹⁸

O termo SAP é aplicável apenas quando o pai de destino não exibiu nada perto do grau de comportamento alienante, que pudessem justificar a campanha de difamação apresentada pelas crianças.⁹⁹ Rather, in typical cases the victimized parent would be considered by most examiners to have provided normal, loving parenting or, at worst, exhibited minimal impairments in parental capacity.

Com tal afirmação, o autor quis demonstrar que a SAP acontece quando da inveracidade das alegações negativas promovidas pelo genitor guardião face ao genitor não-guardião, ou seja, o genitor que detém a guarda da criança transmite a esta uma gama de sentimentos negativos a serem depositados em relação ao genitor que não possui a guarda da mesma.

Importante destacar que a síndrome de alienação parental, apesar de ser uma espécie do gênero alienação parental, com esta não se confunde, uma vez que esta consiste em, aos poucos, alienar a criança no sentido de afastá-la da presença do genitor não-guardião, enquanto aquela refere-se aos meios empregados, seja de forma consciente ou inconsciente, pelo genitor alienador para conseguir seu intento, qual seja, o distanciamento total entre o(a) ex-cônjuge e seu filho.

A alienação parental, pois, está intrinsecamente ligada ao vínculo existente entre três figuras essenciais, quais sejam, o genitor alienador, o genitor alvo e a criança ou adolescente alienada. A alienação parental pode ter como genitor alienador um avô, um tio ou qualquer parente que tenha a guarda legal ou de fato em detrimento da parte adversa, a qual se quer suprimir de vez da vida social e afetiva da criança ou adolescente.

Ínsito destacar que, na maioria das vezes, o genitor alienador e alvo são os pais em um litígio de guarda judicial que acontece posterior a um divórcio conflitante. Existem doutrinadores que defendem que o genitor alienador seja, na maioria das vezes, a mãe, por ser ela quem historicamente recebeu o título de guardiã e mais responsável no zelo com a prole. No entanto, cumpre dizer que com a globalização, em que as figuras masculina e feminina deixaram de ser estereotipadas, esta situação tem mudado de ângulo.

⁹⁸ PARENTAL Alienation Syndrome. In: PasKids. Disponível em: <<http://www.paskids.com/>> Acesso em 20 de agosto de 2011.

⁹⁹ GARDNER, R.A. (2002), Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Litigation? The American Journal of Family Therapy. Disponível em <<http://www.childcustodycoach.com/pas.html>> Acesso em 12 de agosto de 2011.

Em uma geração em que o conceito de família está totalmente alterado, há inversão de valores no que diz respeito aos papéis que o pai e a mãe têm exercido durante séculos. Cumpre destacar que ambos os pais continuam sendo os responsáveis pela educação de seus filhos, mas as mulheres, ultimamente, passaram a se preocupar mais com sua vida profissional, não se detendo somente aos contornos do lar, enquanto os homens já cuidam dos afazeres domésticos sem aquele preconceito de antes. A intolerância masculina tem cedido lugar a um pai mais zeloso e preocupado com o dia a dia de seu filho.

De acordo com a primeira desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Maria Berenice Dias¹⁰⁰, a mãe, levada por sentimentos de rejeição, abandono, traição, acaba por iniciar um processo de destruição em relação ao ex-cônjuge, afastando este de seu filho. E diz mais:

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “Síndrome da Alienação Parental”: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.¹⁰¹

Desse modo, por meio dos problemas psicológicos do genitor alienador, a criança e/ou adolescente é induzida por ele, surgindo conflitos de sentimentos e emoções em relação ao genitor oposto. Atualmente, o percentual de homens e mulheres na qualidade de genitor alienador está ficando equivalente.

Alienar um filho é levá-lo a crer na existência de determinados episódios desagradáveis entre este e o genitor alvo quando estão na companhia um do outro. Para conseguir tal intento o genitor alienador se utiliza das formas mais ardis e cruéis, insistindo e repetindo tais acontecimentos para a criança objetivando que esta absorva tais informações como se verdadeiras fossem.

Segundo Maria Berenice Dias, a criança nem sempre discerne entre a realidade dos fatos e a manipulação que lhe é feita insistentemente. Com o passar do tempo, aquela informação tantas vezes repetida passa a se tornar verdade no imaginário da criança, trazendo tais “lembranças” uma série de sentimentos de revolta, medo, ciúmes, dentre outros de cunho negativo para o desenvolvimento saudável da mente.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental. O que é isso? In: PAULINO, Analdino Rodrigues (Org.). *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardiã: aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. APASE - Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. Prefácio, p. 11.

¹⁰¹ DIAS, 2008, p. 12.

Alienação parental é privar a criança e o adolescente do direito ao convívio com ambos genitores ao mesmo tempo, é fazê-la(o) escolher entre um e outro, o que não é verdadeiramente uma escolha e sim uma imposição exercida por um dos genitores, aquele que detém a guarda e se acha detentor do poder familiar, quando, na verdade, esse poder deve ser exercido em conjunto pelos pais, estejam eles casados ou separados.

Nesse sentido, a alienação parental desenvolve-se no contexto de uma guarda judicial após um divórcio não amigável. Com o fim do relacionamento, a conjugalidade cessa seus efeitos por perda do objeto, uma vez que não existe mais convivência marital entre o casal. No entanto, a parentalidade permanece, uma vez que esta é inerente à relação pai/mãe e filho. Com a separação de fato ou divórcio do casal há o fim da conjugalidade, mas não o fim dos laços de parentesco entre genitor alvo e seu filho.

Infelizmente, com o fim do relacionamento afetivo, muitos casais inconformados com os contornos do fim do casamento, acabam por odiar seu ex-companheiro por atitudes que este cometeu ou por omissões havidas durante a convivência de ambos. No entanto, não há que se olvidar que os pais devem deixar suas desavenças para continuarem no desenvolvimento da educação e criação de seus filhos.

O fim do casamento não é o fim do parentesco, e portanto, o genitor que não ficou com a guarda, de fato ou legal, da criança ou adolescente, ou o genitor não-guardião durante um litígio de guarda judicial deve continuar nutrindo seu filho com seu carinho, ensinamentos e conduta, para que não haja comprometimento à saúde mental da criança.

Neste sentido, Richard Alan Gardner diz o seguinte:

A maioria dos psiquiatras concorda em que a separação *per se* não causa, necessariamente, o surgimento dos problemas psiquiátricos nas crianças. Na realidade, é mais freqüente que a criança que vive com pais infelizes em seu casamento venha a ter problemas psiquiátricos do que aquela cujos pais foram suficientemente saudáveis e fortes para romper uma relação problemática.¹⁰²

Por meio deste ensinamento, percebe-se que esta não está presente em todas as situações de divórcio, mas somente naquelas em que o casal não tem um equilíbrio emocional suficientemente forte para lidar com o fim de um relacionamento.

É certo que poucos são os divórcios que se resolvem de forma amigável, mas é importante destacar que a alienação parental não surge sempre quando ocorre um divórcio, pois se esta se dá em meio à normalidade e ao respeito recíproco, não há que temer qualquer risco, pois uma vez que os pais sabem resolver seus conflitos sem

¹⁰² GARDNER, Richard A. *Casais Separados: A relação entre pais e filhos*. Martins Fontes: São Paulo, 1980. p. 15

envolver os filhos em disputas cansativas, não comprometem o desenvolvimento saudável destes.

A alienação parental desenvolve-se em um contexto de diversos fatores¹⁰³ adversos ao sadio desenvolvimento da criança e/ou adolescente, quais sejam: a) uma separação litigiosa em que há conflito de interesses, em especial, quando há disputa pela guarda da criança ou adolescente; b) o meio social, o qual influencia a criança ou adolescente por meio de suas opiniões sempre desfavoráveis ao genitor alvo através de seus pré-conceitos de que o genitor guardião sempre está com a razão; c) o estágio de alienação ao qual se encontra o genitor alienador, fazendo com que todos acreditem em sua história como este a reescreveu; e, finalmente, d) o tempo, ferramenta preciosa usada em favor do genitor alienador que, por meio da distância, desestabiliza qualquer vínculo existente entre genitor alvo e seu filho.

Portanto, a alienação parental não se desenvolve devido a um fato isolado, e sim é aperfeiçoada à medida que se insere em um contexto favorável a sua expansão. Por exemplo, quando a sociedade passa a tratar um filho de pais divorciados como se este só tivesse um de seus genitores, contribui para o avanço da alienação parental, dentre diversas outras situações.

A alienação parental desenvolve-se à medida em que é permitido seu avanço, podendo atingir diversos estágios. Isso se dá quando a sociedade e as autoridades públicas fecham os olhos para esse problema tão atual e que aflige inúmeras crianças pelo Brasil e ao redor do mundo.

Estágios da alienação parental e medidas judiciais que fazem surgir conflito de princípios

A alienação parental é um processo gradual e progressivo de afastamento entre pais e filhos. Nesse sentido, ela desenvolve-se juntamente com o aumento das falsas acusações e ódio entre os genitores. Sentimentos negativos repercutem no desenvolvimento do estado emocional das crianças e dos adolescentes, atingindo diversos graus ou estágios, todos prejudiciais.

Conforme descrevem estudos de Richard Alan Gardner, a alienação parental que ocasiona a síndrome nas crianças e adolescentes, possui três estágios, são eles: o estágio

¹⁰³ GOUDARD, Bénédicte. A Síndrome de Alienação Parental, 2008. Tese (Doutor em Medicina) – Universidade Claude Bernard Lyon 1 – UCBL1, França, 2008. p. 12-14. Disponível em: <www.sos-papai.org.br>. Acesso em: 09 de agosto de 2011.

leve, o médio e o grave¹⁰⁴. O processo de alienação possui caráter de continuidade, caso não seja adotada nenhuma providência.

Quando no estágio leve, as crianças convivem com o genitor alvo sem grandes dificuldades. O que atrapalha essa convivência harmônica, são algumas alterações naturais que ocorrem após o divórcio dos pais, a exemplo disto tem-se o novo parceiro ou filhos do genitor alvo, a incapacidade do genitor alienador tolerar a presença do genitor oposto da relação em eventos da criança, dentre outros pequenos detalhes que afastam pai/mãe e filho.

No estágio médio, está a constante provocação do genitor alienador, que se utilizando de falsas histórias e sua repetição, bem como da depreciação que faz face o genitor alvo, induz a criança a nutrir por este sentimento de rancor, ódio e medo. Nessa fase, a criança tem que se dividir entre dois mundos e identidades, ora odiando o genitor alvo, ora sentindo-se querido na presença dele, quando longe dos olhos do genitor oposto.

Nesse grau de alienação, o genitor alienador faz uso de todo tipo de técnica mesquinha para afastar o convívio do ex-companheiro e filhos, como, por exemplo, desligar o telefonema do outro genitor e passar o telefone para a criança; mentir para esta que aquele o visitará para que a criança fique esperando sem êxito; fazer comentários negativos sobre o genitor alvo; dentre uma série de acontecimentos forjados para entristecer o filho em relação ao seu pai ou mãe.

Já no estágio grave, a criança e/ou adolescente sofre de fortes perturbações mentais e crises de alucinação, tanto que não mais necessita da figura do genitor alienador para induzi-la ao ódio e ao medo pelo genitor alvo. As crianças já estão totalmente corrompidas e nutridas por sentimentos negativos face ao genitor oposto da relação parental, de forma que a visitação nesta fase se torna impossível ou, até mesmo, insuportável, devido à agressividade desta, comportamento provocativo e, até mesmo, destruição de bens do genitor alvo.¹⁰⁵

Para impedir que a alienação parental atinja o mais elevado estágio de gravidade, são necessárias medidas judiciais eficazes e céleres. Uma vez que o intuito do genitor alienador é afastar o filho do genitor alvo, as medidas judiciais devem ser tomadas no sentido de garantir uma aproximação entre esses dois últimos.

¹⁰⁴ GARDNER, Richard Alan. The Parental Alienation Syndrome does not exist because it is not in DSM-IV. Disponível em <<http://www.childcustodycoach.com/pas.html>> Acesso em: 19 de setembro de 2011. p.01

¹⁰⁵ A respeito do tema interessante o sítio eletrônico <<http://www.paskids.com/>>.

Conforme Richard Alan Gardner, tratamento psicológico para as partes envolvidas seria o ideal nos casos em que a alienação parental atinge os níveis médio e grave¹⁰⁶. No estágio leve, permitir um maior tempo nas visitas ou uma visitação com advertência do magistrado ao genitor alienador seria suficiente.

Segundo o autor francês François Podevyn¹⁰⁷, algumas medidas legais devem ser seguidas pelos juízos de direito¹⁰⁸. No estágio leve, não indica nenhuma medida legal ou terapêutica a ser tomada. No estágio médio, assim recomenda que a guarda principal se mantenha com o genitor alienador, sendo garantido o direito a visitação com a ajuda de um terapeuta especialista para servir de mediador nesta e comunicar ao juízo eventuais falhas. Recomenda, ainda, a imputação de penas em casos de supressão das visitas por parte do genitor alienador, bem como redução da pensão alimentícia, e pagamento de multas na proporção da supressão das visitas. Em persistindo na desobediência à ordem judicial que regulamenta as visitas, recomenda-se a prisão.

Sobre o instituto da prisão, cumpre mencionar que a lei nº 12.318/2010 não estabelece essa medida judicial, mas ela pode ser realizada nos casos de desobediência à ordem judicial por força não da lei de alienação, mas sim do Código Penal, que assim determina em casos de desobediência: “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.¹⁰⁹ O autor trata, ainda, da possibilidade de passar a guarda para o genitor oposto da relação, medida usualmente adotada nos casos graves de alienação.

Por sua vez, nos casos em que a alienação parental atinge o estágio grave, o autor estabelece que a guarda deve ser transferida para o genitor alvo. Propõe, ainda, a nomeação de um psicoterapeuta apto a intermediar essa transição e, quando necessário, ordenar um local de transição, pois há casos em que uma mudança brusca de morada para a criança/adolescente não é o mais recomendado, ainda que com acompanhamento psicológico.

¹⁰⁶ GARDNER, Richard A. Differential Treatment of the Three Types of Parental Alienation Syndrome. Disponível em: <http://www.childcustodycoach.com/pas.html> Acesso em: 19 de setembro de 2011. p.01

¹⁰⁷ PODEVYN, François. Síndrome de Alienação Parental, p. 22. Disponível em: <http://www.apase.org.br/> Acesso em: 19 de setembro de 2011.

¹⁰⁸ Em artigo publicado e traduzido pela APASE Brasil – Associação de Pais e Mães Separados do Brasil em colaboração com a Associação Pais para Sempre, ambas organizações não governamentais de apoio as famílias de pais separados.

¹⁰⁹ Leis publicadas à posteriori a publicação do trabalho monográfico originário traça novas medidas de punição ao alienador, as quais carecem investigação, a exemplo da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017 que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

As medidas judiciais propostas pelo autor, baseadas nos estudos de Richard Alan Gardner, fazem surgir um conflito principiológico entre o princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança.

Confronto entre o princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança

Geralmente, o tema da alienação parental desperta um conflito de direitos, onde de um lado estaria o poder familiar e de outro o direito a convivência familiar. Esses institutos possuem ligação com a custódia infantil, onde há uma disputa judicial pela guarda dos filhos, espécies de troféu.

Todavia, analisar a alienação parental sob a ótica principiológica se mostra novidade. O conflito de princípios surge quando da alteração da guarda judicial, medida extrema tomada pelo Poder Judiciário nos casos de estágio grave de alienação.

Assim sendo, em alienação parental dois princípios jurídicos constitucionais entram em colisão, seriam eles o princípio da afetividade e o princípio do melhor interesse da criança. Embora, haja um conflito de princípios, não deixa de tratar-se de colisão de direitos, pois os princípios constitucionais, após o pós-positivismo, passaram a ser vistos como direitos, impondo obrigações.

Os princípios, na qualidade de direitos fundamentais, podem sofrer restrições. Não é que um princípio deva ser suprimido para que outro venha a ascender, mas ele deve ser ponderado em cada caso concreto, por meio da proporcionalidade, conforme teoria de Robert Alexy¹¹⁰. Para esse autor, em havendo colisão de princípios, este deve ser resolvido através de um sopesamento entre os interesses em conflito. Segundo ele:

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto (...) um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto¹¹¹.

Assim sendo, a teoria de Alexy, entende que os princípios que estejam em conflito devem ser sopesados através do princípio da ponderação. Segundo esse autor, “a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve

¹¹⁰ ALEXY, 2008, p. 91.

¹¹¹ ALEXY, 2008, p. 96.

ceder”. O princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança são igualmente importantes. Todavia, um deles deve prevalecer quando se trata de crianças e adolescentes em situação de alienação parental.

A colisão de princípios em alienação parental surge quando a criança ou adolescente alienado encontra-se no estágio grave. Nos estágios leve e médio da alienação parental, as medidas judiciais adotadas são de cunho terapêutico, mantendo a guarda com o genitor alienador, mas garantindo o direito de visitas, de forma acompanhada, se for preciso. Já no estágio grave, a medida é radical, alterar a guarda. Nesse caso, surge um impasse: como repassar a guarda da criança da pessoa do genitor alienador para o genitor alvo se esta o odeia, teme, rejeita? A afetividade entra em choque com o melhor interesse da criança.

A criança ou adolescente alienada possui afetividade com o genitor alienador, vínculo este rompido em relação ao genitor alvo nos casos de estágio grave de alienação. O princípio da afetividade diz que as relações familiares devem ser regidas pelo afeto. O que se conclui com isto é que, se é a afetividade que rege as relações, não poderia haver essa alteração da guarda.

Entretanto, o afeto está mascarado. A criança possui afinidade com o genitor alienador e odeia o genitor alvo por questões puramente forjadas. Obviamente que, por uma regra geral e de cunho maternal, paternal, moral e afetivo, a criança ama ambos os genitores. Ocorre que em alienação parental, ela tem de escolher a quem vai ofertar seu carinho.

A criança é induzida pelo genitor alienador a temer ou odiar o genitor alvo. Ela sozinha não criou esse sentimento de rejeição, mas foi levada a senti-lo pelas artimanhas e manipulações do genitor alienador, pessoa que não aceitou o fim do relacionamento de forma harmônica e deseja vingar-se ou proteger-se.

O que se observa é que o afeto foi manipulado. O amor da criança pelo genitor alienador é também o medo de ficar sozinha. A criança, após o divórcio do casal, ouve constantemente insultos de que o genitor alvo não é uma boa pessoa, que não a ama, não se interessa, ou seja, esse filho teme ao ser rejeitado pelo genitor alienador ter de suportar viver sobre a custódia do genitor alvo, pessoa vista como irresponsável e má.

Na verdade, o genitor alvo não é sinônimo de um mau pai ou mãe, e sim é levado a ser visto como tal por parte do genitor alienador. Ao tentar atingir o genitor alvo com insultos de que é um mau genitor, os filhos é que se ressentem, pois tais comentários nem sequer chegam a alcançar o ex-cônjuge, mas sim à criança ou adolescente.

Assim sendo, o genitor alvo é impedido de conviver harmonicamente com seus filhos, tendo que suportar as consequências de ser tratado como vilão. Na tentativa de recuperar os laços de afetividade com os filhos, o genitor procura agradá-los de todas as maneiras, porém todos os seus gestos de carinho são insultados pelo genitor oponente.

Como se observa, a rejeição pelo genitor alvo não possui razão de existir. Desse modo, deve-se tentar recuperar os laços de afetividade perdidos entre genitor alvo e filho, ainda que seja necessária a aplicação de uma medida tão radical como é a alteração da guarda. O artigo 4º da lei de alienação parental diz que os processos que envolvam casos com alienação parental devem possuir prioridade de tramitação para assegurar a convivência da criança ou adolescente com o genitor alvo, viabilizando a efetiva reaproximação entre eles.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, **o processo terá tramitação prioritária**, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive **para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.** (destaque acrescido)

Assim, em alienação parental, o afeto entre criança e/ou adolescente e genitor alvo resta prejudicado, ao que cabe à lei assegurar a convivência entre ambos, visando reaproximá-los. Todavia, é de se mencionar que, enquanto o Poder Judiciário procura reafirmar os laços afetivos entre genitor alvo e filho, sacrifica a afetividade da criança em relação ao genitor alienador. Isso se faz com base no princípio do melhor interesse da criança.

O princípio do melhor interesse da criança, claramente violado em alienação parental, caminha de forma inversamente proporcional ao princípio da afetividade quando sob a ótica da medida judicial de alteração de guarda¹¹². O melhor interesse da criança possui o intuito de fazer prevalecer a situação que melhor resguarde o conjunto de interesses e direitos das crianças, ainda que para tal desiderato sejam adotadas medidas extremas, como a alteração da guarda.

Nesse caso, o princípio do melhor interesse da criança seria favorável a abrupta alteração de guarda das crianças em casos de estágio grave da alienação parental, pois independente do afeto destas pelo genitor alienador, o que se põe em relevo é que este

¹¹² O princípio do melhor interesse da criança entra em conflito com o da afetividade, uma vez que a lei determina seja a guarda alterada do genitor alienador ao genitor alvo nos casos extremos de alienação parental. Assim, a lei seria enérgica no sentido de deixar de lado o afeto entre a criança/adolescente e genitor alienador, pessoa a qual aquela, geralmente, passa maior parte do tempo.

genitor não está observando o melhor interesse destas que precisam da companhia de ambos os pais para ter um desenvolvimento saudável.

Diante disto, os princípios da afetividade e o do melhor interesse colidem quando da questão de alteração de guarda judicial. A lei de alienação parental em seu artigo 3º estipula que a prática de ato de alienação parental fere a convivência familiar saudável da criança e do adolescente com o genitor alvo e a família deste, bem como prejudica as relações de afeto.

Para que o afeto seja mantido, é recomendável a guarda compartilhada, pois, este instituto que deveria ser regra no ordenamento jurídico brasileiro¹¹³, passa a ser exceção, sendo utilizada na maioria das vezes quando há consenso, ou pelo menos quando os conflitos entre o ex-cônjuges são mínimos.

A guarda compartilhada é benéfica aos filhos, no entanto em alienação parental, a depender da gravidade do estágio, esta se mostra inviável. Assim, sendo inviável a guarda compartilhada, necessário deferi-la a um dos genitores, no caso, aquele que possui equilíbrio emocional para reger sua vida após o divórcio, e conseqüentemente, permitir que a criança e/ou o adolescente conviva harmonicamente com ambos os genitores e suas respectivas famílias.

A Lei nº 12.318/2010 estabelece que a guarda da criança ou do adolescente deve ser atribuída ao genitor que viabiliza a convivência desta com o genitor oposto da relação de parentesco, e diz nos seguintes termos: “Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.” Ou seja, a guarda deve ser atribuída ou alterada ao genitor em prol do melhor interesse da criança.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ACORDO DE GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS E PEDIDO DE RESPONSABILIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO IMOTIVADO DE ACORDO E **ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO.** DESCABIMENTO. 1. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente. 2. **Deve sempre prevalecer o interesse da infante acima dos interesses e conveniência dos genitores.** (...) (AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70043806686, Sétima Câmara Cível,

¹¹³ Quando se fala que a guarda compartilhada deveria ser regra, refere-se ao fato de o poder familiar subsistir em meio ao divórcio, como previsto no artigo 1632 do Código Civil, que diz: “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 24/08/2011)¹¹⁴ (destaque acrescido)

Da leitura da Lei nº 12.318/2010, o que se observa é que o melhor interesse da criança prevalece. Essa afirmação pode ser formulada na medida em que, independentemente do que o genitor alienador ou a criança alienada querem, o magistrado deve resguardar os interesses desta no que diz respeito a seu bem-estar e desenvolvimento saudável.

Alterar a guarda de um genitor a outro quando a criança se encontra em estágio grave de alienação é uma medida extrema, que certamente causa impactos de ordem emocional nesta. A criança rejeita o genitor alvo perdendo seus vínculos de afeto não só com este, mas também toda a família e amigos deste parente. O genitor afastado é tido como vilão e nos casos graves, é dado como morto. Difícil perder um ente querido, ainda mais estando este ainda vivo. Assim sendo, há uma confusão de ideias e sentimentos, um verdadeiro jogo de manipulações que reverte para a criança em forma de doença, solidão, tristeza, depressão, síndrome de alienação parental.

Alterar de forma brusca a guarda da criança ou do adolescente vítima de alienação parental de um genitor a outro, é uma das medidas judiciais que podem ser adotadas pelo magistrado, e dentre tantas outras elencadas pela lei nº 12.318/2010 seria considerada a mais radical, após a declaração de suspensão da autoridade parental.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- ~~VII - declarar a suspensão da autoridade parental.~~

VII – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022)

~~Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.~~

¹¹⁴ Inteiro teor da decisão disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70043806686&num_processo=70043806686&codEmenta=4310864&templntTeor=true>. Acesso em 19 de setembro de 2011.

Há casos em que a alienação parental se mostra expressiva, sendo impossível até mesmo a guarda unilateral por um dos genitores. *Vide* decisão:

EMENTA: GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Havendo na postura da genitora indícios da presença da síndrome da alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, **atende melhor ao interesse da infante, mantê-la sob a guarda provisória da avó paterna.** Negado provimento ao agravo. (segredo de justiça) (Agravo de Instrumento Nº 70014814479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 07/06/2006)¹¹⁵ (destaque acrescido)

O Código Civil dispõe que na impossibilidade de o filho permanecer sob a guarda dos pais, o magistrado deve deferir-lhe a outrem que possua os atributos necessários ao bom cuidado com a criança, observando ainda, graus de parentesco e afinidade, conforme § 5º do artigo 1584 do Código Civil.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

A afetividade é princípio que deve ser respeitado. A relação afetiva entre pais e filhos deve ser preservada, por ser um dos principais alicerces do respeito mútuo. De certa forma, o princípio da afetividade está em consonância com o melhor interesse da criança, que é ter a companhia de ambos os genitores, estejam eles casados ou divorciados. Todavia, quando da medida judicial de alteração de guarda, necessário ponderar esses princípios para verificar qual seria melhor aplicado.

Quando da medida judicial de alteração de guarda, a criança ou adolescente que mantinha nítida relação de afetividade com o genitor alienador, é retirada do convívio deste, o que traz graves prejuízos para a criança, pois uma relação de afeto está sendo destruída. Como visto, o melhor interesse da criança prevalece em casos graves de alienação parental, todavia, embora a alteração da guarda seja benéfica para a criança em termos de saúde, essa mudança brusca prejudica a atual afetividade da criança, que é com o genitor alienador.

Com a prevalência do princípio do melhor interesse da criança, busca-se resguardar a criança e o adolescente de quaisquer agressões que venham a prejudicar seu desenvolvimento saudável. Embora a criança tenha em mente que o genitor alienador é a

¹¹⁵ Inteiro teor da decisão disponível em: < https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70014814479&num_processo=70014814479&codEmenta=1447683&templntTeor=true>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

única pessoa capaz de cuidar dela, é papel do Judiciário, em observância à lei e aos princípios jurídicos, verificar em qual situação a criança ficará protegida.

Como visto alhures, as decisões do STJ são em observância ao princípio da afetividade. No entanto, este não pode prevalecer quando a criança está em estágio grave de alienação. O genitor alienador, embora forneça seu carinho à criança, este é prejudicial a ela. Um amor que impede a convivência com o outro genitor, sua família e amigos, não pode ser considerado benéfico.

A alienação parental causa a síndrome de alienação parental, um distúrbio psicológico que agride o emocional da criança, repercutindo negativamente em todas as áreas de sua vida. Assim, nos conflitos judiciais em que esteja ocorrendo alienação parental, há que ser aplicado, em benefício das crianças e dos adolescentes, o princípio do melhor interesse da criança, o qual nem sempre coincide com o de seu genitor.

O magistrado, através de perícia técnica, estudo social, parecer do membro do Ministério Público, e demais atos judiciais, vai sopesar as provas colhidas nos autos, e, amparado pela sua prerrogativa de julgar zelando pelo bem-estar da sociedade e dos envolvidos, em especial das crianças e adolescentes, vai decidir acerca da guarda judicial.

O princípio do melhor interesse da criança, contido na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estabelece que seu artigo 3º que qualquer decisão relativa à criança deve levar em consideração o superior interesse da criança.

Art. 3º. Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

O artigo 3º da comentada Lei de alienação parental, foi elaborada no mesmo sentido, embora não possua referência expressa.

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O artigo acima transcrito faz referência indireta ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser utilizado no momento de solucionar o impasse entre a afetividade e o melhor interesse da criança.

Dessa forma, o que se constata é que o princípio do melhor interesse da criança e o da afetividade são de relevante importância para a proteção das crianças e dos adolescentes. Entretanto, com o sopesamento desses princípios, nos casos em que o juiz

adota a alteração da guarda de um genitor a outro, pode-se afirmar, com base na leitura da Lei nº 12.318/2010, que o princípio do melhor interesse da criança prevalece.

Poder-se-ia entender que o princípio da afetividade também é observado, posto que a alteração da guarda possui o cristalino desejo de aproximar genitor alvo e filho. No entanto, visando proteger essa afetividade, que será gradualmente construída, e em respeito aos direitos da criança e do adolescente no que se refere a convivência familiar, desenvolvimento saudável, entre outros, afasta-se as crianças e adolescentes, vítimas de alienação, da companhia do genitor alienador.

Embora seja doloroso para a criança afastar-se do genitor alienador e ter de conviver com o genitor alvo, pessoa que, muitas vezes, essa já não tem qualquer aproximação, esta é a medida judicial necessária a ser adotada nos casos graves de alienação parental.

O princípio do melhor interesse da criança não é um princípio isolado, mas comporta uma gama de direitos das crianças e dos adolescentes, ao que se sobrepõe, até mesmo, ao princípio da afetividade, quando em defesa do maior bem jurídico tutelado, a dignidade humana.

Como a Lei de alienação parental, em consonância com a legislação internacional de proteção aos direitos da criança, a Constituição do Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, prima pela manutenção dos vínculos familiares, certamente serão adotadas as medidas necessárias para a manutenção dos vínculos afetivos da criança e do adolescente vítima de alienação parental, com ambos os genitores, embora esses laços não se mantenham iguais aos de outrora.

Alterar a guarda de genitor alienador a genitor alvo ocasiona uma mudança extrema nas relações de afeto e no psicológico da criança ou adolescente alienado. A simples alteração da guarda não tem o poder de gerar laços afetivos com o genitor alvo, nem tampouco de conscientizar o genitor alienador, algo que será gradativamente conseguido com ajuda terapêutica.

A alteração da guarda judicial visando resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente é medida judicial que visualiza o futuro, resguardando os interesses das crianças e adolescentes, no entanto, esta decisão causa prejuízos imediatos a estas, na medida em que rompe os laços afetivos existentes entre estas e o genitor alienador.

Todavia, em razão do afeto do genitor alienador em relação ao filho ser um amor doentio, deve ser afastado no intuito de fazer prevalecer o que será melhor à criança e ao adolescente.

Divulgação da lei nº 12.318/2010 para conscientização social dos direitos humanos em prol da dignidade humana das crianças e dos adolescentes

Diante da necessidade de regulamentar a temática da alienação parental, foi sancionada a Lei nº 12.318/2010, importante instrumento na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Essa lei conceitua o que seria alienação parental e traz um norte ao magistrado e aos profissionais da área jurídica e social, de como proceder em relação a este instituto.

O artigo 1º desta lei é uma introdução sobre ela, ao que a partir do artigo 2º, passa a conceituar o que seria alienação parental, trazendo em seu parágrafo único traz um rol exemplificativo das situações que seriam consideradas alienação parental.

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.

A este rol, podem ser somadas outras situações não previstas em lei, mas que caracterizem alienação parental. A lei de alienação parental é pequena, comportando apenas onze artigos, entretanto, a divulgação dos artigos 2º e 3º desta lei é suficiente para esclarecer a sociedade sobre esse malefício que em atingido as famílias, prejudicando especialmente às crianças e os adolescentes. Os demais artigos desta são voltados aos operadores da lei para aplicarem a melhor medida de combate a alienação parental.

Toda a lei de alienação parental é deveras importante para coibir seu avanço, entretanto, o artigo 3º desta, que vem após a conceituação do instituto, ganha destaque especial por se referir a proteção à dignidade da pessoa humana. A dignidade humana tem um valor indissociável às normas e valores de proteção à família e às crianças e adolescentes.

Mencionado artigo assim disciplina:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto

nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O artigo 3º da Lei nº 12.318/2010, além de referir-se à dignidade da pessoa humana, trata do direito a convivência familiar – melhor interesse da criança, bem como trata das relações de afeto indispensáveis ao desenvolvimento desta – princípio da afetividade.

Esse artigo está em consonância com o artigo 1º, inciso III, da Constituição do Brasil, que trata da dignidade da pessoa humana, que para Maria Berenice Dias, “é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, [...] valor nuclear da ordem constitucional¹¹⁶”.

É difícil para o magistrado decidir sob a guarda de uma criança alienada, posto que esta reproduz todas as palavras e sentimentos do genitor alienador, convencendo qualquer um que a ouça. No entanto, realizado estudo social e perícia psicológica, nos termos do artigo 5º da citada lei¹¹⁷, e constatada a alienação parental, o juiz, apoiado pela equipe multidisciplinar em atuação no caso, deve estar preparado para aplicar a medida que seja favorável aos interesses e direitos da criança, mas que não deixe de observar que os laços afetivos são fundamentais ao crescimento desta.

O artigo acima transcrito faz referência indireta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, a divulgação da Lei nº 12.318/2010 é uma atitude imperiosa para a conscientização social dos direitos humanos em prol da dignidade humana das crianças e dos adolescentes, na medida em que é através do conhecimento que a sociedade converge para a humanização, no sentido de possuir moralidade e, conseqüentemente, afastar qualquer sentimento egoísta e mau.

A alienação parental, por afastar genitor alvo e filho, fere o direito à convivência familiar e comunitária, tratando as crianças e adolescentes, vítimas dessa alienação, como verdadeiros troféus em uma disputa judicial por guarda. Essa alienação possui três estágios de gravidade, sendo que na fase grave, os princípios do melhor interesse da criança e da afetividade colidem. Conforme a teoria do sopesamento de princípios, um deles deve prevalecer. O princípio do melhor interesse da criança sobrepõe-se ao da afetividade por garantir e prevê um conjunto de direitos. A Lei nº 12.318/2010 foi promulgada no sentido de minimizar ou abolir essa alienação da sociedade brasileira,

¹¹⁶ Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹⁷ Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

necessitando, pois, de ampla divulgação para que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam devidamente respeitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando por base os argumentos expostos, os quais foram extraídos em consonância com a legislação internacional em matéria de proteção aos direitos humanos, Constituição do Brasil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, doutrina especializada, e demais fontes pertinentes ao assunto, é que o presente estudo elaborado se solidificou apresentando resultados positivos com vistas a fornecer sua parcela de contribuição com o mundo jurídico. O trabalho reuniu os elementos necessários à compreensão do tema, abordando tópicos interessantes, sob uma ótica voltada para o conhecimento.

Por ser tema atual, complexo, e que envolve intermináveis debates, a alienação parental foi estudada sob a ótica da proteção à dignidade da pessoa humana, observando sempre os direitos das crianças e dos adolescentes como princípios prioritários.

Para tanto, estudou-se, inicialmente, o conceito de direitos humanos e a tutela destes nos documentos internacionais e nacionais, de modo a compreender se a dignidade humana seria ou não um direito absoluto. Constatou-se, pois, que existem vários documentos normativos para a proteção dos direitos humanos, em especial, os das crianças e dos adolescentes. No que diz respeito à alienação parental, especificamente, existe a Lei nº 12.318/2010. Seguindo o posicionamento do jurista Robert Alexy, verificou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, podendo ser ponderado com outros.

Sobre a comentada doutrina da proteção integral, incorporada pelo Brasil após a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, constatou-se que a partir dela, o dever de cuidado das crianças e dos adolescentes é de toda a sociedade, reconhecendo-as como seres em desenvolvimento que necessitam de cuidados. Com a consagração desta doutrina, insculpida no artigo 227 da Constituição Federal, a criança/adolescente deixou de ser objeto para ser sujeito de direitos, sendo considerada como pessoa em desenvolvimento.

Mais adiante, abordou-se a alienação parental sob o contexto principiológico, na medida em que foram postos em destaque dois princípios fundamentais de respeito e proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes: o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da afetividade.

Para adentrar na temática do conflito de princípios, necessário se fez conceituar o que seria princípio, e a sua diferença em relação às normas, regras e políticas públicas. Verificou-se que as normas abrangem os princípios e as regras, enquanto as políticas públicas efetivam os direitos constitucionalmente garantidos.

Estudou-se o direito à convivência familiar e comunitária e os princípios do melhor interesse da criança e da afetividade, constatando-se que, em alienação parental, estes direitos são violados, em razão de o genitor alienador tentar romper os laços de afeição existentes entre o filho e o outro genitor, bem como o afeto em relação às pessoas que fazem parte do círculo familiar e de amizade deste

Para aprofundar o assunto da alienação parental, conceituou-se e fez-se a devida contextualização deste instituto diretamente relacionado às disputas judiciais por custódia infantil, que, por sua vez, guarda relação com o poder familiar.

Tratada no presente trabalho como um problema de direitos humanos, a alienação parental torna complexa a deliberação quanto à guarda judicial. A impossibilidade da guarda compartilhada em casos de alienação parental foi comentada ao longo da pesquisa para demonstrar que a alteração da guarda de um genitor a outro é a medida a ser adotada pelo magistrado no estágio grave de alienação.

Assim, verificou-se que a alienação parental é um processo de manipulação mental que tem afetado crianças e adolescentes quando diante das ações judiciais por guarda infantil. Conclui-se, pois, que uma vez que essa alienação é advinda, geralmente, de conflitos entre ex-cônjuges, atinge diretamente as relações de parentesco, pois os rancores provenientes do fim do relacionamento conjugal são transmitidos aos filhos no intuito de romper os laços afetivos entre estes e o genitor alvo.

Atentou-se que o casal ao divorciar-se, continua sendo detentor do poder familiar em relação aos filhos, independente de ser genitor-guardião ou não. Em alienação parental, os filhos têm de escolher à qual dos genitores vai ofertar seu afeto. Obviamente, decidem em favor do genitor alienador, pessoa que, geralmente, possui convivência na maior parte do tempo, o que prejudica o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.

Nesse sentido, tratou-se do instituto da alienação parental como sendo um agente violador dos direitos humanos, mostrando os estágios dessa alienação e as medidas judiciais que fazem surgir o conflito de princípios, no caso, a medida de alteração da guarda, adotada nos casos mais complexos.

Confrontando o princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança, deduziu-se que ambos os princípios são de relevante importância para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Todavia, com o sopesamento desses princípios, o princípio que prevaleceria seria o do melhor interesse da criança. O princípio da afetividade seria sacrificado no relacionamento entre genitor alienador e filho em prol do melhor interesse deste.

Deliberar sobre a alienação parental sob a ótica dos direitos humanos, fazendo um estudo sobre ponderação de princípios não se constituiu em tarefa fácil. Entretanto, sabendo que as crianças e adolescentes são detentoras de direitos, advindos de princípios jurídicos, trouxe-se a baila discussões que vão além da legislação pura.

Interessante ressaltar, ainda, que a alienação parental pode ser estudada sob diversas óticas, seja jurídica, psicológica ou social, e cada uma possui a sua especificidade, o que torna o tema ainda mais rico e diversificado, sendo o presente trabalho apenas uma ótica que servirá de embasamento a futuros trabalhos.

Outrossim, buscou-se com o presente estudo, demonstrar que a alienação parental existe e fere os direitos humanos, prejudicando o convívio familiar e emocional das crianças e dos adolescentes, amparado pela legislação pertinente à matéria.

Assim, o presente trabalho teve como perspectiva propagar conhecimentos sobre a alienação parental e sua relação com os direitos humanos, alertando a sociedade sobre a importância de se preservar às crianças e adolescentes de conflitos judiciais desgastantes.

Possuiu, ainda, o intuito de contribuir, de alguma maneira, para a academia, uma vez que, por ser tema atual, ainda há pouca contribuição científica sobre o assunto, e, até a presente data, nenhum trabalho que aborde a questão de conflitos principiológicos em alienação parental.

Desse modo, a monografia foi elaborada com vistas a difundir os direitos das crianças e dos adolescentes, de modo a proteger a dignidade destas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. n. 207, 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: Edipro, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40 de 07.12.1940. *Código Penal*. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406/02 de 10.01.2002. *Institui o Código Civil*. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

BRASIL. Lei nº 8.069/90 de 13.07.1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

CAMBIAGHI, Cristina Timponi; RABELO, Valéria Tavares (Coord). *Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: Época Editoria, 2006, 553 p.

DIAS, Maria Berenice. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. p.01. In: Maria Berenice Dias, Rio Grande do Sul, 15/10/2011 [internet].

DIAS, Maria Berenice. *Falsas memórias*. In: Maria Berenice Dias, Rio Grande do Sul, 13/01/2010 [internet].

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental. O que é isso? In: PAULINO, Analdino Rodrigues (Org.). *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. APASE - Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. Prefácio.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar*. 4. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei n. 12.318, de 26-8-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARDNER, Richard A. *Casais Separados: A relação entre pais e filhos*. Martins Fontes: São Paulo, 1980.

GARDNER, Richard A. *Differential Treatment of the Three Types of Parental Alienation Syndrome*. Disponível em: <<http://www.childcustodycoach.com/pas.html>> Acesso em 19 de setembro de 2011.

GARDNER, Richard A. *Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Litigation?* The American Journal of Family Therapy. Disponível em <<http://www.childcustodycoach.com/pas.html>> Acesso em 12 de agosto de 2011.

GARDNER, Richard A. Judges Interviewing Children in Custody/Visitation Litigation. *Journal Family Lawyer of New Jersey*. vol. VII, nº 2. Disponível no link: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr87.htm>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

GOUDARD, Bénédicte. A Síndrome de Alienação Parental, 2008. Tese (Doutor em Medicina) – Universidade Claude Bernard Lyon 1 – UCBL1, França, 2008. P. 12-14. Disponível em: <www.sos-papai.org.br>. Acesso em: 09 de agosto de 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Jurídico*. Série Compacta. 14.ed. Rio de Janeiro: Rideel, 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos: A construção universal de uma utopia*. 6.ed. São Paulo: Santuário, 2003.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. (IBDFAM) 3ª Ed. Revista e atualizada. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

PARENTAL Alienation Syndrome. In: PasKids. Disponível em: <<http://www.paskids.com/>>. Acesso em 20 de agosto de 2011.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental*. p. 22. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/>> Acesso em 19 de setembro de 2011.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: RT, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Evandro Luiz; RESENDE, Mário; MOTTA, Maria Antonieta Pisano; FERES-CARNEIRO, Terezinha; VALENTE, Maria Luíza Campos da Silva; SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano; DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de; PAULINO, Analdino Rodrigues (Org.) *Síndrome de Alienação Parental e a Tirania do Guardião: aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Método, 2010.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. rev. ampli. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOBRE A AUTORA



JHÉSSICA LUARA ALVES DE LIMA

Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Professora colaboradora no Doutorado Interinstitucional da Universidade de Brasília com a Universidade Federal do Acre (DINTER UnB/UFAC). Advogada. Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito pela UnB. Mestre em Ambiente, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Graduada em Direito pela UERN. Pesquisadora na UFRR e na UnB. Na UFRR possui atuação no Núcleo de Práticas Jurídicas e defesa de Direitos Humanos (NPJDH), sendo líder do Grupo de Pesquisa “Clínica Jurídica de Inovação Pedagógica (CJIP)” e coordenadora dos seguintes projetos: Projeto de ensino “Semeando ensino jurídico”; Projeto de pesquisa “Clínica Jurídica”; Projeto de Extensão “Ensino jurídico na comunidade”. Na UnB integra o grupo de pesquisa “Direito e Educação” e o Projeto de pesquisa “Formação Jurídica - Graduação e Pós-Graduação, internacionalização e interdisciplinaridade na perspectiva da Faculdade de Direito da UnB”. Embaixadora literária da Associação dos Escritores Mossoroenses/Academia dos Escritores Mossoroenses (ASCRIM/ACADEM).

ISBN 978-655376077-6



9

786553

760776