

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Elizabeth Aparecida Grégio Sasso

**GUARDA DE MENOR: O ABUSO DE DIREITO ATRAVÉS DA ALIENAÇÃO
PARENTAL**

**Juiz de Fora
2010**

Elizabeth Aparecida Grégio Sasso

**GUARDA DE MENOR: O ABUSO DE DIREITO ATRAVÉS DA ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Monografia de conclusão de curso,
Apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora como
requisito à obtenção do título de bacharel em
Direito, sob a orientação do professor Israel
Carone Rachid, na área de concentração em
Direito de Família.

**Juiz de Fora
2010**

Elizabeth Aparecida Grégio Sasso

**GUARDA DE MENOR: O ABUSO DE DIREITO ATRAVÉS DA ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Monografia de conclusão de curso,
Apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora como
requisito à obtenção do título de bacharel em
Direito, sob a orientação do professor ISRAEL
CARONE RACHID.

Aprovado em __/__/__

Prof. Orientador: Israel Carone Rachid
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a Flávia Louvise Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Pedro do Carmo Baumgratz de Paula
Universidade Federal de Juiz de Fora

**Juiz de Fora
2010**

Dedico este trabalho aos meus pais, que com amor e renúncia compartilharam comigo todos os momentos importantes da minha vida, me incentivando a acreditar e buscar a realização dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as amigas dessa jornada acadêmica, que tanto me fizeram rir e crer que tudo valeu a pena.

À minha mãe, que tanto me incentivou, encorajou e acolheu com seu imenso amor nos momentos mais difíceis.

Ao meu pai, exemplo de dedicação, honestidade e retidão, em quem me inspiro a cada dia.

Aos mestres, que contribuíram para a minha formação, em especial, ao professor Israel Carone Rachid, pelo apoio e dedicação.

RESUMO

A presente monografia tem por escopo analisar as conseqüências e medidas cabíveis para combater o abuso de direito cometido na alienação parental e no exercício do direito de guarda. Tal abuso viola direitos fundamentais do menor, como o direito à dignidade da pessoa humana, diante da privação do direito à convivência familiar e a violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Aborda, ainda, os reflexos negativos da conduta negligente e irresponsável do guardião na formação do menor ao privá-lo do acompanhamento do genitor alienado, essencial ao seu desenvolvimento. Ressalta, também, a violação de diversos direitos fundamentais do não guardião, como a lesão ao direito à convivência e acompanhamento do desenvolvimento físico e moral do menor e a relação materno e paterno-filial. Por fim, busca-se apontar soluções para tais abusos na nova lei de alienação parental.

Palavras-Chave: Abuso de Direito. Alienação Parental. Direito de guarda. Princípios Orientadores do Direito de Família.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A REPRESENTAÇÃO FAMILIAR NA SOCIEDADE BRASILEIRA.....	10
2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	13
2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	13
2.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	14
2.3. Princípio da Afetividade.....	15
2.4. Princípio da Solidariedade Familiar.....	16
3. O ABUSO DE DIREITO.....	18
3.1. O Abuso de Direito e o Código Civil.....	19
4. O ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	21
4.1. O exercício abusivo do Direito de Guarda.....	21
4.2. Abuso de direito cometido na Alienação Parental.....	25
4.3. Principais medidas legais aplicáveis à Alienação Parental e ao Abuso do Direito de guarda.....	27
5. CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

INTRODUÇÃO

O conceito de família sofreu grande mutação ao longo dos tempos, a afetividade passou a ter um papel primordial na identificação das estruturas familiares, levando à valoração da filiação afetiva. Em decorrência dessa evolução, as questões de ordem psíquica passaram a ser melhor analisadas, permitindo o reconhecimento da presença do dano afetivo causado em pais e filhos quando da ausência do convívio paterno-filial.

Muitas vezes esse dano afetivo é resultado da alienação parental, que ocorre quando o guardião da criança, geralmente a mãe, inconformado com a separação judicial, passa a descontar nos filhos as frustrações vivenciadas no casamento. E, com intuito de se vingar do ex-cônjuge, desenvolve um sentimento exclusivista em face do filho, impedindo visitas e desencadeando uma verdadeira campanha com o intuito de desmoralizar e denegrir a imagem do genitor.

Investido da titularidade do direito da criança, o guardião está habilitado a exercer direitos em nome do filho, porém dentro da normalidade, não da forma que melhor lhe convém, sob pena de cometer abuso de direito.

O guardião passa a abusar do seu direito quando excede os limites estabelecidos em acordo ou decisão judicial, agindo de má-fé. Dentre as muitas possibilidades de abuso de direito, a maioria está presente na alienação parental e ocorre, principalmente, quando há a frustração ao direito de visitação e ao direito ao acompanhamento do desenvolvimento e formação do menor.

Em decorrência desse flagrante abuso de direito e lesão aos direitos fundamentais do menor e do não guardião, foi sancionada a Lei da Alienação Parental, representando um avanço, por deixar mais claro o que caracteriza a alienação parental e como o Judiciário pode agir para reverter a situação de alienação. A lei refletiu regras já absorvidas pela jurisprudência e pela doutrina, se revelando a adequação normativa ao contexto social, agregando regras que antes eram inaplicadas no Direito de Família.

No presente trabalho, pretende-se discorrer a respeito das disposições específicas dessa legislação, ponderando-se a respeito dos artigos da nova lei e sua aplicação tópica e prática, bem como fazendo comentários sobre seus institutos principais.

Para tanto, a metodologia aplicada foi, essencialmente o método dedutivo por meio do qual parte-se de premissas gerais para que se confrontem dados particulares. No caso em tela, partiu-se de dados gerais a respeito da teoria do abuso de direito, aplicando-se às relações familiares. Também utilizou-se o método indutivo por meio do qual dados particulares servem de base para se chegar a dados universais, ou seja, voltou-se para as situações concretamente atingidas por um dano para então perquirir-se a respeito do abuso de direito.

Com relação à metodologia de procedimento, aplicou-se o método histórico, pois se investigou todo um tratamento dado à criança pelo nosso ordenamento jurídico a fim de que restasse caracterizado o abuso de direito no exercício do poder parental e no direito de guarda. Optou-se, ademais, pela documentação indireta, mormente através da pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a fontes da doutrina pátria, por sua notável influência no pensamento jurídico.

Pela própria índole da pesquisa levada a efeito, o enfoque assumiu um cunho eminentemente jurídico-teórico, trabalhando-se aspectos ideológicos e doutrinários pertinentes ao direito privado.

1. A REPRESENTAÇÃO FAMILIAR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Para que seja compreendida a questão do estado de filiação faz-se mister, primeiramente, analisar o conceito da expressão família para a sociedade e para o sistema legislativo brasileiro.

Podemos afirmar que, em sentido lato, família é o conjunto de pessoas que descendem de um mesmo tronco genealógico, são membros unidos por laços sangüíneos, abrangendo desta forma os parentes em linha reta ou colateral, bem como os parentes por afinidade, conforme declara o Código Civil Brasileiro em seus dispositivos referentes às relações de parentesco.

Em sentido restrito, o termo família representa o conjunto de pais e filhos, ou seja, o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio.

Para o eminente jurista Pontes de Miranda, em sentido especial compreende o pai, a mãe e os filhos:

“(...) Às vezes exprimia a reunião das pessoas colocadas sob o poder pátrio ou *manus* de um chefe único. A família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de filha: loco *filiae*. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil (*agnatio*).”¹

Em 1916, com a promulgação do Código Civil, a família passou a ser codificada e representar importante papel na estrutura econômica brasileira, eis que o modelo então tinha como base a figura do pai, que detinha a autoridade para tomada de todas e quaisquer decisões referentes à família, inclusive no tocante a questões patrimoniais.

O Código Civil não fornecia o significado da expressão família, muito embora a reconhecesse e a resguardasse, porém, as Constituições brasileiras, a partir de 1934, traziam em seu texto a noção de família, a qual era condicionada à idéia de casamento, de modo que família significava o grupo social de sangue com origem no matrimônio válido, portanto, a família legítima; as Constituições de 1824 e 1891 não traziam qualquer menção com relação à formação do instituto *familiae*.

¹ MIRANDA, Ponte de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1999, p. 101.

Conforme declara Villela:

(...) em face de uma sociedade basicamente rural, revelava uma família que funcionava como uma unidade de produção, importando para tanto ser numerosa, representando uma maior força de trabalho e maiores condições de sobrevivência de todo o grupo. Este modelo de família era chefiado por um homem, que além de exercer o papel de pai e marido, detinha toda a autoridade e poder sustentados numa estrutural patrimonial. Daí, as características patriarcais e hierarquizadas do modelo centrado na chefia do marido, ocupando a mulher e os filhos uma posição de inferioridade no grupo familiar.²

Em tempos passados a família, com vínculo matrimonial indissolúvel, era percebida não apenas pelos laços de sangue, mas também pelo patrimônio constituído pela união dos genitores, como bem salienta Michelle Perrot: “A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é fluxo de propriedade que depende primeiramente da lei”.³

Na família assentam-se não apenas as bases morais da sociedade, como a própria base econômica, de modo que a influência direta sobre a própria manutenção do Estado obrigou-o a protegê-la.

Corroborar tal idéia Silvio Rodrigues ao afirmar que: “O Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais”.⁴

A família constitui, sem dúvida alguma, a estrutura da sociedade.

Porém, passadas décadas, a relação conjugal, que então dava à família sua existência, sofreu modificações e novos padrões sociais surgiram, decorrentes da evolução do próprio homem e do conceito de liberdade individual.

Novos conceitos fizeram eclodir consequências inafastáveis como, por exemplo, a família decorrente do divórcio, da adoção, da investigação de paternidade, da reprodução artificial, do afeto, da união estável. Ou seja, a família

² VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista Forense, vol. 271, p. 45-51.

³ PERROT, Michelle. *Funções da família*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 73.

⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

não é mais concebida apenas pela união, através do casamento, de um homem com uma mulher.

Conforme Bentham, "o processo de modernização da família busca novos caminhos e soluções" ⁵ que, no tocante à filiação, passa não apenas pelos laços matrimoniais ou genéticos, mas pelo afeto.

⁵ BENTHAM, Jeremy. *Princípios da moral e da legislação*. Tradução de João Marcos Coelho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 50.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Não se pretende, neste tópico, esgotar o elenco de princípios norteadores do Direito de Família, até porque há divergências na doutrina de tal monta que cada autor estabelece ao seu rol de princípios, não se conseguindo sequer encontrar um número mínimo sobre o qual haja consenso. Não obstante, procura-se que se faça constar aqueles princípios de relevante importância para o tema proposto, lembrando que são princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, dotados de força normativa e que informam todo o sistema jurídico, o que significa que grande parte do Direito de Família tem sua efetividade garantida pela Constituição Federal, que ao longo dos séculos, enlaçou todos os temas sociais juridicamente relevantes.

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Está previsto no texto constitucional, no artigo 1º, inciso III, e representa uma nova ótica do Direito Constitucional e do Direito de Família em especial.

Trata-se de um verdadeiro macrop princípio constitucional, fundante do Estado Democrático de Direito. Nele se concretizam direitos fundamentais e do qual se desdobram princípios ou subprincípios.

Carlos Roberto Gonçalves⁶, citando Gustavo Tepedino, destaca que:

"A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos".

O Direito de Família está profundamente ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade humana. Ao ser aplicado no Direito de Família, podemos entender que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. V. VI, Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005.

A família deve ser um veículo funcionalizador da promoção da dignidade de seus membros, de modo a promover a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação. Não resta dúvida que, atualmente, a dignidade da pessoa humana é um princípio norteador do Direito de Família.

2.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança:

Esse princípio encontra-se fundamentado no art. 227, *caput*, de nossa Carta Maior:

“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, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, o princípio do melhor interesse da criança deverá buscar uma proteção integral para a criança em todas as suas esferas.

Nosso Código Civil traz esse princípio implícito nos artigos 1583 e 1584. Assim temos que, no art. 1583, diante da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, deverá ser observado o que os cônjuges ou companheiros decidam sobre a guarda dos filhos. E segundo o Enunciado 101 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil, a expressão guarda dos filhos deve ser compreendida tanto a guarda unilateral, quanto a compartilhada, buscando sempre o melhor interesse da criança. E, não existindo o acordo entre os cônjuges, sempre deverá recair naquele que tiver melhor condições de exercê-la, conforme art. 1.584.

Segundo Caio Mário, a implantação do aludido princípio “não pode se resumir a sugestões ou referências; deve ser a premissa em todas as ações concernetes à criança e ao adolescente.”⁷

Assim, é imperioso que na busca de qualquer modalidade de guarda se tenha como guia o princípio do melhor interesse do menor, haja vista a proteção especial conferida constitucional e infraconstitucionalmente, em razão da condição

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2009, p. 57.

especialíssima de seres em desenvolvimento físico, psíquico e moral, e por serem, reconhecidamente, sujeitos de direitos e não meros objetos.

2.3. Princípio da Afetividade

Embora não esteja positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico. Como bem observa Caio Mário⁸, “seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, §2º, CF)”.

O afeto passou a ser a base da instituição familiar moderna. A família se transformou em uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, gerando a formação de relações afetuosas, em detrimento de laços meramente sanguíneos e patrimoniais.

Paulo Lobo⁹ identifica em nossa Carta Magna quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a igualdade dos filhos, independentemente da sua origem, conforme art. 226, § 6º da CF; a adoção como escolha afetiva, com igualdade de direitos (§§ 5º e 6º do art. 226 da CF); comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família (§ 4º do art. 226 da CF) e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente. (art. 227 da CF).

Preocupando-se em regulamentar essa realidade, o Enunciado 103 da 1ª Jornada de Direito Civil nos traz que:

“O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

Da mesma Jornada temos o Enunciado 108, do seguinte teor: "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva".

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2009, p. 55.

⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 43-47.

Seguindo essa tendência a 3ª Jornada de Direito Civil, que ocorreu em dezembro de 2004, aprovou o Enunciado nº 256, *verbis*: "a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

A jurisprudência pátria também tem aplicado o princípio da afetividade, com a predominância do vínculo socioafetivo sobre o vínculo biológico.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confundia-se com o destino do patrimônio familiar, profundamente ligado à consangüinidade legítima.

Atualmente, a família passou a ser um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade fez despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais.

2.4. Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade social, ao ser erigida a objetivo fundamental da República, conforme o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, repercute nas relações familiares exprimindo a idéia de reciprocidade entre seus membros, respeito, desvelo e consideração mútuos. Esse espírito justifica, por exemplo, o pagamento de alimentos, em caso de necessidade, até mesmo ao companheiro numa união estável, como asseverado por nossa jurisprudência em diversas oportunidades, a exemplo do Recurso Especial de número 102.819 do Rio de Janeiro: "[...] o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas da realidade do laço familiar [...]"¹⁰.

A solidariedade, contudo, não é somente patrimonial, é também afetiva e psicológica, tanto que o Estado, através do art. 227 da Constituição Federal impões primeiramente à família o dever de prover à criança e ao adolescente de toda gama de direitos constitucionais a eles assegurados. Assim sendo, não há como não reputar à mãe fomentadora da Síndrome de alienação parental o desacatamento à

¹⁰ BRASIL, STJ, Resp. n. 102.819/RJ; Min. Barros Monteiro. Julgamento em 23/11/1998. v.u. Publicado em DJ de 12/04/99 p. 154. . Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

solidariedade, uma vez que as atitudes articuladas para afastar pai e filho são demonstrações explícitas de desvelo e desrespeito em relação a eles.

Apesar do encargo ser deferido prioritariamente à entidade familiar, “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, em consonância com o artigo 226, §8º da Constituição Federal, o que também consagra a solidariedade social.

3- O ABUSO DE DIREITO:

A teoria do abuso do direito deve ser amplamente aplicada ao Direito de Família, pois esta seara envolve questões íntimas e carregadas de sentimentos, onde se pode notar que os excessos são cometidos de maneira costumeira, uma vez que o limite, por ser tênue, é de difícil percepção e facilmente extrapolado.

Rubens Limongi França conceitua o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”¹¹. Segundo Inácio de Carvalho Neto, “chama-se abuso de direito ao exercício, pelo seu titular, de um direito subjetivo fora dos seus limites”¹².

Portanto, o abuso de direito começa quando termina o uso regular do direito. Os direitos nos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, social, legítima, e não para que façamos uso deles indiscriminadamente. Somente pelo fato de ser titular de um direito, uma pessoa não pode exercitá-lo de forma absoluta.

Para uma pessoa exercer um direito é preciso, em primeiro lugar, possuir a prerrogativa conferida pela lei. Uma vez que possua a prerrogativa, não pode a pessoa desviar-se de sua finalidade, pois quando há este desvio surge o abuso de direito.

Um dos aspectos que mais contribuiu para a concretização do abuso do direito foi o reconhecimento da não existência de direitos absolutos. Como se sabe, o Direito apresenta finalidades, dentre as quais regular com harmonia o convívio social. Essas finalidades, por sua vez, devem estar em sintonia com valores universais, consistentes na promoção da igualdade material, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao enriquecimento sem causa etc. Logo, supostos direitos que, sob o pretexto de estarem sendo exercidos por seus titulares de maneira aparentemente regular, mas que, em seu interior, conflitem com esses valores jurídico-sociais, devem ser coibidos e rechaçados pelo mundo jurídico, preservando-se, desta forma, conquistas obtidas em séculos de civilização, garantindo-se ao direito o cumprimento de seus verdadeiros ideais.

¹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹² CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso de Direito*. 4. ed. Curitiba: Juará, 2007. p. 20.

3.1. O Abuso de Direito e o Código Civil

A teoria do abuso do direito surgiu explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil em 2003, estando disposto no artigo 187, cuja redação foi inspirada no Direito Civil Português, o qual preceitua, no seu artigo 334: "é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestadamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito". Ao comparar as redações dos dispositivos brasileiro e português, percebe-se que houve apenas uma alteração na ordem das expressões. O dispositivo brasileiro é do seguinte teor: "Também comete o ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo, "o novo Código Civil, no art. 187, soube reconhecer, na discussão doutrinária, de caráter internacional, a necessidade de fazer expressa, na lei, a presença do instituto do abuso de direito"¹³.

A tese do abuso de direito, no ordenamento brasileiro, é expressa no título dos atos ilícitos, sendo necessário aqui conceituar o que seja este tipo de ato: é a conduta voluntária, comissiva ou omissiva, negligente ou imprudente, que viola direitos e causa prejuízos a terceiros.

Apesar de se encontrar consagrado no capítulo dos atos ilícitos, a estes não se equipara, pelos seguintes fundamentos: o abuso de direito é caracterizado por um exercício que aparentemente é regular, mas desrespeita a finalidade do direito, enquanto no ato ilícito há um vício na estrutura formal de um direito.

A caracterização do ato ilícito é direta e mais evidente, enquanto no abuso se constatará a partir do momento que houver uma desconformidade entre a conduta e o fim que a lei impõe.

Com esta teoria, pretende-se assegurar o interesse coletivo nas relações interpessoais, pautando o interesse individual nos pressupostos ético-sociais tais como a boa-fé, os bons costumes e a função social-econômica que cada direito resguarda.

O instituto do abuso de direito traz a premissa da relativização dos direitos, visando evitar o exercício abusivo dos mesmos pelos seus titulares, com escopo de

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord). Código Civil Comentado, II. São Paulo: Atlas S.A., 2003.p. 362.

garantir o bem-estar das relações jurídicas na sociedade. Logo, todo aquele que excede os parâmetros da boa-fé objetiva, dos bons costumes e a finalidade social ou econômica do direito ou prerrogativa, deve ter sua conduta repelida pelo Direito, já que o exercício absoluto de um direito causa um desequilíbrio nos valores ético-sociais que fundamentam a vida em sociedade.

Partindo-se da importância da ética nas relações de família e de sua relevância na configuração e tratamento do exercício abusivo de direitos, verifica-se a necessidade de sua adequada disciplina no Direito de Família, em que o abuso constitui verdadeira violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, cujo bem estar deve ser observado pelos pais.

4. O ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A teoria do abuso de direito atinge todos os ramos do ordenamento jurídico, podendo ser aplicada a qualquer espécie de direito. Essa amplitude na sua aplicação se deve à jurisprudência, sempre preocupada em perfilar a teoria do abuso do direito por meio de suas decisões.

Assim, nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. É um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas outras de conteúdo pessoal, existencial.

Compreendida como entidade tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz a família consigo uma nova feição, agora fundada no afeto e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para a imperiosa confiança exigida entre os seus componentes.

Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, prevista constitucionalmente.

É a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos. De modo que o rompimento dessa confiança leva ao cometimento do abuso de direito e violação dos direitos fundamentais.

4.1. O exercício abusivo do Direito de Guarda

São muitas as situações em que é dado visualizar o abuso de direito no ambiente familiar. Dentre as muitas possibilidades, as que envolvem as questões relativas à guarda do menor são as mais cruéis e violadoras dos direitos fundamentais do menor, como a frustração imposta ao direito de visitação, tanto do não guardião quanto dos entes queridos.

A nova Lei de Alienação Parental (lei 12.318/10) no seu artigo 2º, parágrafo único¹⁴, enumera, de forma exemplificativa, práticas do guardião que se enquadram no conceito de alienação parental. Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, o contato da criança ou do adolescente com o genitor ou o pleno exercício de sua autoridade parental, também constituem formas de alienação parental.

Há entre a conduta do genitor alienador, alicerçada no exercício do poder parental, e a finalidade pela qual o ordenamento garante a ele este mesmo poder, um descompasso, pois a finalidade que o ordenamento busca com a atribuição aos pais do poder parental, certamente não é a mesma finalidade que o genitor alienador persegue.

O representante legal, ao ser investido na titularidade do menor, passa a exercer os direitos deste. Porém, este exercício deve ocorrer de modo normal, estando impedido o genitor de agir da maneira que melhor lhe convém, sob pena de cometer abuso de direito.

Na maioria dos casos, o abuso do direito de guarda tem como consequência o comprometimento do convívio familiar, direito este constitucionalmente protegido. Essa privação causa prejuízos irreparáveis à criança, que tem a sua estabilidade psíquica comprometida.

A Constituição Federal, ao consagrar o Princípio da Igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, banuiu discriminações, de modo que a guarda de um menor não é mais exercida exclusivamente pela mãe, mas por quem demonstrar melhores condições de exercê-la. O juiz, ao conceder a guarda, deve atuar de maneira a atender o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

O genitor que possui a guarda deve incentivar e proporcionar o convívio do filho com o genitor não guardião, bem como com os demais familiares. Quando o

¹⁴ “art. 2º. 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.

guardião abusa do seu direito, esse incentivo é negado, impedindo visitas e dificultando o convívio. Esse ato tem reflexos na criança, que se sente rejeitada e passa a acreditar que não é amada por aqueles familiares.

Segundo Maria Berenice Dias:

“Ainda que a “posse do filho” não decorra da simples presença física do domicílio da mãe ou do pai, a definição da “guarda” identifica quem tem o filho em sua companhia. Todavia, o fato do filho residir com um deles não significa que o outro “perdeu a guarda”, expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo.” (...) Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho vive com um, e ao outro é assegurado o direito de visita, que é regulado minuciosamente, estabelecendo-se dias e horários de forma às vezes bastante rígida.”¹⁵

A guarda exercida por apenas um dos genitores é um terreno fértil para a ocorrência do abuso de direito. Segundo Suzana Borges Viegas de Lima, “o genitor guardião se sente inviolável, muitas vezes valendo-se de tal direito para praticar atos que atentam flagrantemente contra a dignidade dos filhos, mormente ao privá-los da convivência com o não-guardião.”

Não raro, após o desenlace, os pais — e muitas vezes os próprios operadores do direito — esquecem-se de que, mesmo que a guarda seja exercida unilateralmente, o poder familiar cabe a ambos os genitores, casados ou não. É comum assistirmos a um verdadeiro vilipêndio da essência do poder familiar quando o guardião monopoliza em suas mãos as decisões que dizem respeito à vida dos filhos, recusando a participação do não-guardião nessa tarefa.

O filho, já abalado pela separação dos pais, vê-se ainda mais prejudicado, diante do sentimento de vazio e de abandono causado pelo afastamento do não-guardião. A ruptura, embora dolorida para os filhos, poderia ser muito melhor vivenciada se os genitores continuassem a ser pais e mães, de forma efetiva, apesar da separação.

O maior sofrimento da criança não advém da separação em si, mas do conflito, e do fato de se ver abruptamente privada do convívio com um de seus genitores, apenas porque o casamento deles fracassou.

Os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer entre si, pós-ruptura.

As formas mais corriqueiras de o guardião impedir a visita é alegando que a criança está doente ou que foi ao aniversário de uma amiga ou que simplesmente não quer ir com o pai (ou com a mãe). Essas desculpas reiteradas dadas ao não guardião acabam causando aborrecimento até nos pais mais persistentes, que, se não possuem muita esperança, acabam desistindo de conviver com o filho, ou então procuram resolver a questão judicialmente, exigindo o cumprimento do direito.

Outra prática comum é a mudança de domicílio do genitor guardião, que muitas vezes se muda para um lugar incerto ou não sabido, impedindo de maneira definitiva o convívio entre o não guardião e o filho. Essa atitude é movida por um sentimento de vingança contra o ex-parceiro. Sob o domínio desse sentimento, o guardião não percebe que a privação do convívio com o pai (ou mãe) pode acarretar traumas irreparáveis ao filho, além de desconforto ao outro genitor que tem legalmente assegurado o direito de ver o filho e acompanhar o seu desenvolvimento.

Sobre esse assunto, pondera Carvalho Neto:

“É certo que, uma vez separado ou divorciado, o cônjuge pode livremente mudar de domicílio, não se havendo de impedi-lo ao argumento de prejudicar a visita aos filhos por parte do outro genitor. Entretanto, não há que se admitir o abuso de tal direito, sobretudo quando a alteração do domicílio tiver por escopo único impedir ou dificultar o direito de visitas.”¹⁶

Resta claro que, nessa hipótese particular, há um choque de interesses que merece ponderação, de um lado há o direito constitucional de ir e vir, no qual se encaixa o direito do genitor guardião fixar o seu domicílio onde lhe aprouver. De outro, o direito do menor à convivência familiar, preceito igualmente garantido pela Constituição Federal. Deve-se, diante do caso concreto, por meio da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, analisar qual interesse prevalece, para assim evitar o exercício abusivo do direito de fixação de domicílio.

¹⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso de Direito**. 4. ed. Curitiba: Juará, 2007. p.228

4.2. O Abuso de Direito cometido na Alienação Parental

Pratica alienação parental, conforme o artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da lei 12. 318/10, o guardião que abusa do seu direito, implantando falsas memórias e programando a criança para que odeie o genitor. Os casos mais frequentes estão associados a situações onde a ruptura da vida em comum cria em um dos genitores uma grande tendência vingativa, engajando-se em uma verdadeira campanha para desmoralizar e desacreditar o ex-cônjuge, fazendo nascer no filho a raiva para com o outro, muitas vezes transferindo o ódio ou frustração que ela própria nutre, neste malicioso esquema em que a criança é utilizada como instrumento mediato de agressividade e negociata.

Segundo Maria Berenice, “o filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida.”¹⁷

Muitas vezes os alienadores chegam a fazer falsas acusações de abuso sexual contra o ex-parceiro ou mesmo chegam a criar situações, alegando que foram agredidos na presença dos filhos ou que os companheiros agrediram as crianças, física ou psicologicamente, e na imensa maioria das vezes, são frios e astutos, em regra apoiados por familiares e agindo com frieza e extrema dissimulação para conseguir o intuito maior de afastar o pai dos filhos.

Com o passar do tempo e a constante repetição de conceitos negativos sobre o outro genitor, esse quadro evolui para um completo e, via de regra, irreversível afastamento. Essa alienação pode durar anos, com consequências gravíssimas para a formação da criança, que somente será superada (se for!) quando ela adquirir alguma independência do genitor alienante.

Desde os primeiros sinais de alienação, até o resultado final, recebe ela o nome de Síndrome de Alienação Parental. Identificada e estudada profundamente pelo Dr. Richard A. Gardner, ela é punida severamente nos Estados Unidos, com a diminuição do direito de visitas do responsável pela alienação ou até mesmo a perda da guarda. Veja o conceito de SAP, segundo o Dr. Gardner:

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 410.

“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, 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.”¹⁸

Conforme Rolf Madaleno, “uma mãe ou um pai paranóico, que tenha programado no filho sentimentos igualmente paranóicos em relação ao outro genitor, provavelmente terá desenvolvido elos psicológicos mais fortes com seu filho, porém, não será um vínculo sadio e sua presença nefasta e doentia é um forte argumento para recomendar a troca da guarda do menor.”¹⁹

A alienação parental – seja ela induzida pelo pai ou pela mãe e malgrado motivada por fatores diversos – produz os mesmos sintomas na criança e a afeta de igual modo.

A prática de qualquer destes atos fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso do direito moral contra a criança e o adolescente e representa o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, atingindo, secundária, ou mesmo paralelamente, também o não guardião, geralmente o pai.

Em síntese, constata-se que o genitor indutor da Alienação Parental viola os princípios da Dignidade Humana, da Solidariedade Familiar, do Melhor Interesse do Menor e da Afetividade.

Portanto, pode-se constatar que a prática da alienação parental é um abuso de direito. Isto porque o abuso de direito configura-se como o ato por meio do qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, exatamente como comprovado anteriormente.

¹⁸ “The parental alienation syndrome (PAS) is a disorder that arises primarily in the context of child-custody disputes. Its primary manifestation is the child's campaign of denigration against a parent, a campaign that has no justification. It results from the combination of a programming (brainwashing) parent's indoctrinations and the child's own contributions to the vilification of the target parent.”

<http://www.paskids.com/> a cesso em 21 de outubro de 2010, 12:46.

¹⁹ MADALENO, Rolf. *Inocência Corrompida*. Disponível em www.jusnews.com.br. Acesso em 21 de outubro de 2010, 12:58.

4.3. Principais medidas legais aplicáveis à Alienação Parental e ao Abuso do Direito de guarda

Embora a doutrina estivesse atenta ao tema e a jurisprudência também estivesse dando os seus primeiros passos, como se depreende do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Evidenciado o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte.” (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006)²⁰

A legislação ainda era carente de medidas efetivas contra os atos de abuso de direito. Não basta apenas o exame exclusivamente teórico, uma vez que após a sua configuração, deve-se buscar a aplicação de uma sanção adequada para reprimir e punir o exercício abusivo do instituto da guarda. Sem a previsão de sanção concreta, a mera identificação do abuso resta inócuo.

Surge então o Projeto de Lei nº 4.053/08, de autoria do Deputado Federal Régis de Oliveira, que tramitou no Congresso Nacional e, após aprovado, tornou-se a Lei 12.318/2010.

Na nova lei de alienação parental o legislador definiu o instituto de maneira exemplificativa, elencando um rol de hipóteses que caracterizam a alienação parental.

Conforme a nova lei, não é necessária a demonstração apriorística da inequívoca ocorrência dos atos de alienação parental, haja vista a gravidade que encerram. A lei se contenta com indícios da alienação.

Assim, o Judiciário poderá ser provocado pelo genitor ofendido, pelo Ministério Público ou, até mesmo agir de ofício, se houver indícios de atos de

²⁰ Disponível em < www.alienacaoparental.com.br/jurisprudencia-sap > Acesso em 21 de outubro de 2010, 13:44.

alienação parental, de modo que o juiz poderá determinar provisoriamente as medidas processuais previstas na lei.

A decretação das sanções pode se dar em ação autônoma ou, incidentalmente, em processos que envolvam a relação dos pais com os filhos (ações de separação judicial, divórcio, guarda, regulamentação de visitas, fixação de alimentos etc.).

O Juízo poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial. A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental (art. 5º, § 2º da lei 12. 318/2010).

O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (art. 5º, §3º).

Sem prejuízo das medidas provisórias liminarmente deferidas, com ou sem a prova pericial, o juiz decidirá e poderá impor ao alienador as seguintes sanções: advertir e multar o responsável; ampliar o regime de visitas em favor do genitor prejudicado; determinar intervenção psicológica monitorada; determinar a mudança para guarda compartilhada ou sua inversão; e até mesmo suspender ou decretar a perda do poder familiar.

Em relação a essas medidas repressivas ao exercício do direito abusivo de guarda, podemos citar a fixação de multa para cada dia que a visita é impedida. Essa sanção poderá alcançar o resultado almejado quando o guardião possui condições financeiras para pagá-la, já que não há meios para cobrar o valor fixado de quem não possui condições financeiras para cumprir a ordem judicial.

Já em relação à intervenção psicológica, detectada a presença da alienação parental, o genitor alienador poderá ter de se submeter a tratamento psicológico. O tratamento tem como objetivo conscientizá-lo, propiciando-lhe a reflexão sobre os seus valores e representações mediatizadas na sua relação com o filho, fazendo uma leitura de sua realidade e percebendo a gravidade da situação que suas atitudes impõem ao menor. Nesse sentido, os profissionais habilitados, irão

demonstrar que os filhos precisam de amparo afetivo, não podendo ser objeto de posse e manipulação.

Outra medida imposta pela lei, que já vinha sendo utilizada pelos juízes, é a modificação da guarda unilateral para a guarda compartilhada, já prevista no artigo 1.584, inciso II e §2º²¹ do Código Civil. Contudo, para melhor aplicação da guarda compartilhada nos casos litigiosos concretos, que batem à porta do Judiciário, os Magistrados, os membros do Ministério Público, os Defensores Públicos e os Advogados devem recorrer ao auxílio técnico de equipe multidisciplinar, formada, pelo menos, por Assistentes Sociais e Psicólogos, que devem acompanhar a demanda, através de entrevistas individuais com o grupo familiar e visitas sociais (à escola da criança ou adolescente; à residência de cada um dos pais e a outros lugares necessários).

Como maneira de forçar o guardião a cumprir a ordem judicial, há ainda a opção de suspender a autoridade parental, cabível em hipóteses de graves rupturas dos deveres dos pais para com os filhos. Assim, a mera alienação parental, quando ainda não desenvolvida a síndrome, não enseja a suspensão do poder familiar, haja vista que a sua decretação poderá causar prejuízos mais graves do que a própria alienação, a qual poderá ser combatida através dos demais mecanismos legais. A suspensão do poder familiar pela simples alienação parental teria apenas finalidade punitiva, bem como afrontaria diretamente o melhor interesse do menor, que necessita da presença de ambos os genitores em sua vida.

O Projeto de lei 4.053/2008 apresentado à Câmara autorizava o uso da mediação e dispunha sobre ela. Porém, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumentando que:

“O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, o dispositivo contrariava a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção

²¹ Artigo 1.584, inc. II do Código Civil: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 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. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.”

O texto aprovado pelas duas Casas legislativas também alterava o Estatuto da Criança e do Adolescente para criminalizar a apresentação de relato falso capaz de acarretar restrição à convivência da criança ou adolescente com o genitor. Vetou-o também o Presidente da República, pelos seguintes motivos:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto.”

A Nova Lei da Alienação Parental nasceu da constatação de que, embora os atos de alienação parental existam, há a seu respeito o que podemos denominar de “cegueira” do Estado, que os deixa encobertos. Quem, antes da nova legislação, submetia tais atos à apreciação do Judiciário se deparará com um grande problema, consistente na tendência a se negar a ocorrência da alienação parental, por ser algo novo, diferente e que exige por isso uma atuação singular e ainda desconhecida desse Poder para examiná-la.

Outra tendência, além da consistente em se negar a existência da alienação parental, a que me referi, é a de o julgador encarar os atos que a configuram como meras “picuinhas” decorrentes da separação e, por isso, se recusar a proceder ao exame completo do contexto em que tenham sido praticados. Um ato isolado, observe-se, não permite que dele se infira a existência de uma campanha visando a desqualificação e o afastamento de um dos genitores da presença do filho. Há necessidade, por isso, de que o Judiciário averigüe todo o contexto em que se o pratica.

Sob o aspecto preventivo, a proposição sinaliza aos genitores que a prática de atos de alienação parental, será critério diferenciado para a concessão de guarda em favor do outro genitor, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada. Nesse mesmo sentido importante referir que o projeto é ferramenta útil para a efetiva convivência da criança ou adolescente com os genitores buscando o mesmo fito da guarda compartilhada quando essa não é possível.

A referida lei versa sobre atos de alienação parental; dando-lhes uma definição jurídica. Tais atos, de per si, configuram abuso, ou seja, não é necessário que deles advenha qualquer consequência. Há que se deixar indubiosamente clara a sua finalidade preventiva, consistente em inibir o processo de alienação, não devendo o Judiciário esperar passivamente que suceda o pior, ou seja, que de tais atos advenham alguma consequência nociva à formação da criança para só então atuar.

CONCLUSÃO:

O rompimento da sociedade conjugal leva à estipulação da guarda do filho em favor de um dos genitores, resta ao outro o direito de visitas, o qual, atualmente, deve ser visto como um dever, mais do que como um direito, uma vez que se revela indispensável para o desenvolvimento psíquico do menor e concretiza seu direito à convivência familiar, consagrado no artigo 227 da Constituição Federal.

No entanto, quando o casal se separa, pode surgir um sentimento de rejeição que leva o guardião a impedir que o menor continue mantendo contato com o não-guardião, privando-o de visitas regulares, bem como passa a incutir na cabeça da criança ou do adolescente sentimentos negativos em relação ao não-guardião, características típicas da alienação parental.

O poder parental sintetiza-se no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com o escopo de proteger e educar seus filhos, prerrogativas essas que devem ser exercidas adequada e moderadamente. Se ultrapassadas, poderão implicar em violação à cláusula geral do abuso de direito, e, por consequência, serem sancionadas negativamente.

A convivência da criança e do adolescente com a sua família e com a comunidade deve ser a meta dos operadores do direito nas ações de guarda e nos casos de alienação parental, já que a família é a base social, e na maioria das vezes, o fio condutor da harmonia e do ambiente propício ao desenvolvimento e formação do menor em um cidadão consciente de seus direitos e deveres.

A Lei de Alienação Parental, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, é uma inovação importante no Direito de Família. Prevê penalidades que vão desde advertência e multa até a inversão da guarda da criança e suspensão do poder familiar.

A nova lei não deve ser analisada apenas sob o seu aspecto repressivo. Ela também se revela um instrumento útil para que se possa prevenir a ocorrência do abuso de direito de guarda, inibindo o processo de alienação, uma vez que a proposição sinaliza aos genitores que a prática de atos de alienação parental será um critério diferenciador para que se conceda a guarda em favor do outro genitor.

Não obstante as principais medidas previstas pelo ordenamento jurídico terem sido analisadas, importante destacar que a eficácia e a necessidade de aplicação de

cada uma delas só será possível de ser aferida no caso concreto, diante das circunstâncias fáticas. Assim sendo, o magistrado, diante da hipótese que se lhe apresenta, e com a ajuda dos demais profissionais que atuam no âmbito do direito de família, deverá analisar a medida necessária e eficaz para a solução do problema, levando em conta o melhor interesse da criança.

Portanto, com a inovação legislativa, o Poder Judiciário terá maiores condições de refrear o abuso do direito de guarda, aplicando a medida necessária e eficaz para a solução do problema, garantindo os direitos fundamentais da criança e do adolescente e efetivando a proteção aos componentes do núcleo familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Comentários à lei da alienação parental (Lei nº 12.318/2010)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17351>>. Acesso em: 30 out. 2010.

ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS – APASE (Org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião**; aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. 1ªed. Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord). **Código Civil Comentado, II**. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

BARREIRO, Carla Alonso. **Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>> Acesso em 05 de setembro de 2010.

BENTHAM, Jeremy. **Princípios da moral e da legislação**. Tradução de João Marcos Coelho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Vade Mecum Compacto, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Constituição Federal**. Vade Mecum Compacto, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº. 8.069/1990**. Vade Mecum Compacto, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei 12.318 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 20 de setembro de 2010.

_____. STJ, Resp. n. 102.819/RJ; Min. Barros Monteiro. Julgamento em 23/11/1998. v.u. Publicado no DJ de 12/04/99 p.154. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 07 de setembro de 2010.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de Direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional.** In: A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord.: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso de Direito.** 4. ed. Curitiba: Juará, 2007.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **A Síndrome da Alienação Parental, escudada pelo poder judiciário.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=681>>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=669>> Acesso em: 25 de outubro de 2010.

_____. **Manual de Direito das famílias.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 18 out. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1997.

GARDNER, Richard. The Relationship Between the Parental Alienation Syndrome (PAS) and the False Memory Syndrome (FMS). 2004. The American Journal of Family Therapy. Disponível em: <www.ingentaconnect.com>. Acesso em 11 de setembro de 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Jesulado Almeida. **Comentários à Lei de Alienação Parental – Lei 12.318 de agosto de 2010**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=679>>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Inocência Corrompida**. Disponível em <<http://www.jusnews.com.br>> Acesso em 21 de outubro de 2010, 12:58.

MARCANTÔNIO, Roberta. **Abuso de Direito no Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, editora Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, volume 15, abril/maio de 2010.

MIRANDA, Ponte de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1999.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PERROT, Michelle. **Funções da família**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PODEVYN, François. Síndrome da Alienação Parental. 2001. Disponível em: <www.apase.org.br/19001-sindrome.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil**. In: Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **O Novo Direito de Família**. In: Direito Civil – Direito de Família. 2 Ed. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família fundada no não patrimônio**. In: Temas de Direito Civil. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense, vol. 271.