

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO PENAL DA ALIENAÇÃO
PARENTAL E A APLICAÇÃO DA LEI DE Nº 12.403/2011**

SUSANA VIEIRA DE ARAÚJO

RECIFE – PE
2013

SUSANA VIEIRA DE ARAÚJO

**NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO PENAL DA ALIENAÇÃO
PARENTAL E A APLICAÇÃO DA LEI DE Nº 12.403/2011**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, Processo e Cidadania na área de concentração Processo e Dogmática sob a orientação do professor Doutor Francisco Caetano Pereira e do co-orientador o professor Doutor Sérgio Torres Teixeira.

RECIFE – PE
2013

SUSANA VIEIRA DE ARAÚJO

NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO PENAL DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICAÇÃO DA LEI DE Nº 12.403/2011

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, Processo e Cidadania na área de concentração Processo e Dogmática sob a orientação do professor Doutor Francisco Caetano Pereira e do co-orientador o professor Doutor Sérgio Torres Teixeira.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestre e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira

Julgamento: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira

Julgamento: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. Andre Regis

Julgamento: _____ Assinatura _____

DEDICATÓRIA

A minha filha, Maria Cecília, meu amor maior. Ao meu marido, Marcelo Marinho, sempre presente em minha vida e grande companheiro. E aos meus pais, que me conduziram até este momento, a conquista é de vocês. Sou apenas um reflexo desta construção, solidificada no amor e na confiança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela sua infinita misericórdia em minha vida.

À minha Maria Cecília, o melhor presente de Deus, todas as conquistas, desde seu primeiro momento em meu ventre, são dedicadas a ti. Reflexo, inexprimível, do amor maior.

Aos meus pais, Francisco de Araújo Costa e Rosana Vieira de Araújo, por terem me oferecido um legado de amor, dedicação, ética e princípios, dos quais continuo repassando na minha caminhada pela vida. A meu pai, o maior idealizador deste mestrado, sempre dizendo que eu era capaz. E a minha mãe por ser meu porto seguro, me fazendo a pessoa mais forte e confiante do mundo.

Ao meu marido, companheiro de uma vida, que junto a mim não mediu esforços para tornar meu sonho realidade. Pela eterna compreensão em época de provas e na construção deste trabalho, onde não pude me fazer presente como queria, pois meu recolhimento era necessário à conclusão deste estudo. Agradeço imensamente por todas as ações durante esses anos que me fizeram chegar até aqui. Caminhamos juntos, a vitória também é sua.

Ao meu orientador, Francisco Caetano Pereira, pelas horas dedicadas a esta construção científica. Suas sábias colocações acrescentaram de forma bastante relevante.

Ao meu co-orientador, Sergio Torres Teixeira, que além de participar ativamente da construção deste trabalho, é um amigo que estimo grandemente. Obrigada por todas as oportunidades oferecidas a mim desde o primeiro dia deste mestrado.

A Universidade Católica de Pernambuco, por viabilizar um curso de alto nível, e com excelente corpo docente. Aos meus mestres que diariamente dedicam suas vidas a docência com o despreendimento de repassar o que mais sabem.

“O coração do homem pode fazer planos,
mas a resposta certa vem dos lábios do
Senhor.”

Provérbios 16:1

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da necessidade de tipificação penal da alienação parental e a aplicabilidade da Lei de nº 12403/11 que reflete toda a constituição da alienação parental pontuada dentro destes institutos, penal e processual penal. A referida alienação, que se materializa através de um litígio entre o genitor guardião e o outro progenitor, de modo que aquele que detém a guarda usa os filhos para se vingar do genitor que tem o direito de visitação, mediante campanhas depreciativas, tão somente por não aceitar o fim do relacionamento conjugal. Refletindo esta também com os parentes, estendendo-se até os avós. Com o condão de estudar este fenômeno, assim como, a possibilidade da perda do poder familiar em decorrência do mesmo, é que se perpassa por um breve histórico sobre a família e alguns institutos que se referem à relação pais e filhos, como o poder familiar e as práticas processuais, esta buscando soluções aos casos concretos. Com a realização de estudos multidisciplinares, feitos por profissionais especializados da área de Direito, juntamente, com psicólogos, assistentes sociais e médicos é que se pode dar solução ao caso concreto, até mesmo evitar os seus efeitos. Os laudos técnicos advindos destes estudos fundamentam as decisões do judiciário. Desta feita, a perda do poder familiar reflete uma necessidade imposta ao alienador em face da alienação parental. Depois da abordagem civilista, passa-se a abordagem penalista, de modo que retrata a possibilidade de aplicação da Lei de nº 12403/11 demonstrando que as medidas cautelares são medidas penais efetivas contra as ações do genitor alienador. Esta lei ao colocar a prisão preventiva como exceção, se coaduna com as razões do veto do artigo 10 da lei de alienação parental. A aplicação, ainda, do instituto da transação penal, o rito proposto na Lei de nº 9099/95 cabe perfeitamente, também, para compelir a alienação parental. Demonstrando, categoricamente, que a penalização da alienação parental evitaria a crescente caracterização deste instituto nas famílias brasileiras. O trabalho se caracteriza por uma pesquisa bibliográfica obtendo informações através das fontes de jurisprudenciais, doutrinárias e Leis.

Palavras-chave: Alienação Parental. Tipificação penal da alienação parental. Medidas cautelares na alienação parental.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of the necessity of criminal definition of parental alienation and the applicability of Law No. 12403/11 which reflects the whole constitution of parental alienation scored within these institutions, penal and criminal procedure. This sale, which is materialized through a dispute between the custodial parent and the other parent, so that those who hold the guard uses the children to avenge the parent who has visitation rights by disparaging campaigns, as not only accept the end of the marriage relationship. Reflecting this also with relatives, extending to the grandparents. With the privilege of studying this phenomenon, as well as the possibility of loss of power due to the same family, is that goes through a brief history of the family and some institutes which refer to the relationship parents and children, as the family power and procedural practices, this finding solutions to concrete cases. With the completion of multidisciplinary studies, done by professionals specialized area of law, together with psychologists, social workers and doctors is that one can give solution to this case, even prevent its effects. The technical reports arising from these studies underlie the decisions of the judiciary. This time, the loss of family power reflects a necessity imposed upon alienating in the face of parental alienation. After the tort approach, the approach is punitive, so that portrays the possibility of application of Law No. 12403/11 showing that precautionary measures are effective measures against the criminal actions of the alienating parent. This law put to the detention as an exception, is consistent with the reasons for the veto of Article 10 of the law of parental alienation. The application also institute criminal transaction, proposed in the rite of Law n ° 9099/95 fits perfectly, too, to compel parental alienation. Demonstrating, categorically, that the criminalization of parental alienation avoid the growing characterization of this institute in Brazilian families. The work is characterized by a bibliographical information obtained through the sources of jurisprudence, doctrinal and Laws.

Keywords: Parental Alienation. Criminal definition of parental alienation. Precautionary measures on parental alienation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA FAMÍLIA: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL	14
1.1 evolução histórica de família	14
1.2 conceito de família	16
1.3 direito de família na constituição de 1988 e no código civil de 2002	18
1.4 da proteção da família	21
2 ALIENAÇÃO PARENTAL	34
2.1 conceito	34
2.2 o perfil familiar	36
2.3 caracterizações da alienação parental	44
2.4 identificação da alienação parental	47
2.5 a lei da alienação parental	49
2.6 Aspecto processual da alienação parental	60
3. FALSAS DENÚNCIAS E O ABUSO SEXUAL	64
3.1.a vítima das falsas denúncias	64
3.2. o criminoso: o abusador sexual	70
4.CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL	72
4.1.o artigo 136 – A do código penal brasileiro, a tipificação do delito de alienação parental	72
5. A APLICAÇÃO DA LEI DE Nº 12.403/11 NA ALIENAÇÃO PARENTAL	77
5.1. apresentação dos fundamentos constitucionais da nova lei de nº 12.403/11 e no direito penal	77
5.2. disposições gerais sobre prisão e medidas cautelares	80
5.3. a perfeita possibilidade de aplicação da Lei de nº 12.403/11 na alienação parental	90
5.4. a possibilidade da transação penal em conformidade com o previsto na lei de nº 9.099/95 na alienação parental.	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERENCIAS	100

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a necessidade de tipificação penal na alienação parental, a adequação da Lei nº 12.403/11 aos institutos jurídicos da Lei nº 12.318/10, favorecendo a aplicação das medidas cautelares e da transação penal trazido pela lei nº 9.099/95

A referida temática se apresenta quando da ruptura da relação familiar e da disputa da guarda dos filhos. O rompimento conjugal, faz nascer em um dos cônjuges os sentimentos sórdidos, ao ponto de utilizar seu próprio filho como instrumento de vingança.

Sendo necessária, uma forma punitiva penal, para coibir as condutas alienadoras, desenvolvendo um verdadeiro roteiro de aplicabilidade das medidas cautelares, expressas no artigo 319 do Código de Processo Penal, vislumbrando, uma ação penal efetiva, corroborando, após decisão nesta esfera, com a esfera civilista.

Esta temática representa, atualmente, uma grande problemática jurídica, com informações desencontradas e decisões, para casos semelhantes, antagônicas, afastando, assim, a constitucionalmente defendida, segurança jurídica.

Desta feita, busca este estudo, a exemplificação e aplicação de um novo olhar jurídico a alienação parental, demonstrando a necessidade precípua da sua tipificação penal, como única maneira de coibir as ações desenfreadas do genitor alienador. Saindo da zona de conformo do direito civil, e criminalizando a alienação parental.

Desta forma, divide-se, didaticamente, o trabalho em três capítulos, que abarcam toda a doutrina vigente, e, aplica posicionamentos inéditos, e, para tanto vanguardistas, inclusive, sugerindo um novo delito ao Código Penal, com perfeita concatenação aos preceitos deste ramo do direito, do direito civil e do direito constitucional.

Inaugura o primeiro capítulo, toda a temática basilar do direito de família, passando pelas conceituações e evolução histórica do que é família. Discutindo, ainda, qual a importância do poder familiar, seus entraves, suas obrigações e a possibilidade da suspensão ou extinção do mesmo, suscitando questões de guarda, possibilitando inserir, neste momento, o contexto global de onde encontra e pode ser configurada a alienação parental, sendo por isto, extremamente importante, este capítulo introdutório e apresentativo, para o melhor entendimento do tema, haja vista ser o mesmo totalmente inovador no âmbito jurídico.

Conseqüentemente, parte-se, no segundo capítulo, para a análise detalhada da alienação parental, suas características, configuração, análise da Lei nº 12.318/10, permitindo, que se debrucem acerca da temática, apresentando a relevância desta. Não obstante, a importância de todos os institutos de direito de família, a alienação parental, atualmente, ganha destaque, pois motiva inúmeros problemas psíquicos e sociais.

Não atinge a alienação parental, apenas a família envolvida neste fato, mas a sociedade como um todo, seja direta ou indiretamente. É de se salientar, que não afasta do convívio natural às crianças que sofreram alienação. Nem todas são tratadas pelos profissionais competentes, e os problemas emocionais suplantam a barreira do lar daqueles.

Clamam, os estudiosos, para a apresentação, conforme apresentado no trabalho, para um apontamento de solução, ou seja, qual o caminho a ser percorrido para frear as ações e efeitos da alienação parental. A resposta vem no terceiro, no quarto e no quinto e último capítulo, que estão perfeitamente harmonizados na construção da temática debatida .

Nestes capítulos finais do trabalho, intitulados como: falsas denúncias e o abuso sexual, a criação de um novo tipo penal específico para a alienação parental e a aplicação da Lei de nº 12.403/11 na alienação parental, apontam-se, uma saída legalmente predisposta, assim como, a sugestão de um novo delito no Código Penal brasileiro, que seria expresso no artigo 136-A sob a nomenclatura tipificada de crime de alienação parental. E, ainda, a aplicação da transação penal nos moldes do

estabelecido na lei nº 9.099/95, inclusive seguindo o mesmo rito na referida lei apresentado.

Na saída legalmente predisposta, se tem a lei nº 12.403/11 que favorece a aplicação das medidas cautelares ao alienador, não vilipendiando as razões do veto do artigo 10 da lei de alienação parental, além de favorecer uma reflexão aquele, pois sai da zona de conforto das ações civilistas e passa as temidas ações penais.

Salientando, que estas, por se tratarem de direito de menor são ações penais públicas incondicionadas, tornando-a muito mais temida que qualquer outra na esfera processual penal.

A aplicação do instituto de transação penal, reputa de grande significância, pois terá o genitor vitimado uma decisão jurídica que só se homologara após o cumprimento total do que fora acordado em audiência. Além do mais, o alienador, não poderá recorrentemente utilizar desta prerrogativa da lei, porque o lapso temporal para sua repetida aplicação é de cinco anos após a aplicação e cumprimento da transação penal.

A problemática, então, abordada neste trabalho, abarca a necessidade de tipificação penal da alienação parental. Apresentando como objetivo geral, identificar a perfeita aplicação da lei nº 12.403/11 e a possibilidade de transação penal advinda da lei 9.099/95. E se diluindo em três objetivos específicos: analisar as medidas cautelares em face da alienação parental; aplicar a transação penal para o alienador parental em sede de Juizado Especial Criminal; tipificar, especificamente, como crime a alienação parental, expresso no artigo 136-A do Código penal brasileiro.

A hipótese, identificada é de bastante relevância, entretanto a discussão doutrinária, ainda é ínfima, naturalmente, por ser um tema vanguardista. Apresentando como um reflexo socialmente recorrente, devendo ser, efetivamente, compelida pelo Estado, protetor maior dos direitos fundamentais, sobretudo, os que concernem às crianças e ao direito de família. Sendo necessária, a sua tipificação penal como resposta enérgica do Estado aos desmandos do alienador parental.

A metodologia utilizada é a dialética, realizando-se através do estudo bibliográfico, análise pontual da doutrina vigente, jurisprudência, o direito positivado, aplicando, ainda, um posicionamento de vanguarda e totalmente inovador.

1. DA FAMÍLIA: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

A necessidade intrínseca do homem de buscar um convívio de modo coletivo, propicia o nascimento da primeira conceituação de família, tendo sua origem primordialmente nos compêndios sistemáticos da Igreja, antes mesmo de qualquer posituação jurídica.

O direcionamento humano ao compartilhamento de suas emoções, buscas e necessidades, direciona todo o estudo das primeiras famílias, evoluindo apenas no que concerne à sua dogmatização doutrinária.

Sob este prisma Alessandro Marques de Siqueira:

Para todos os fins – e todas as possíveis interpretações -, é importante registrar que a família é um sistema muito complexo, passando por vários ciclos de desenvolvimento ao longo da história. Assim, transformou-se através dos tempos, acompanhando mudanças religiosas, econômicas e socioculturais.

Em análise histórica percebe-se que as transformações são latentes, admitindo-se varias espécies de constituição familiar, inclusive dada a evolução histórica, atualmente, a união estável é visualizada como uma espécie de família.

Nas primeiras linhas históricas, a família é traçada sob a ótica do principio da autoridade, onde a figura do chefe de família, apresenta-se como detentor de forma concentrada de todo o poder de domínio sob seus familiares, desde decisões particulares, como a escolha do marido da filha, como decisões de cunho patrimonial, o que se comprava e o que se vendia só diziam respeito ao chefe de família, e a figura da esposa era apenas como peça decorativa, ele exercia toda autoridade “sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa

e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes”. (GONÇALVES, 2010, p.31)

A figura do homem, do pai de família, ou do *pater*, *via-se que o mesmo tinha* um papel também de chefe político, assim como, sacerdote e juiz, ao passo em que todos os costumes, tradições, culto eram desenvolvidos pelo chefe de família.

No que concerne ao casamento, destaca-se o que apresenta Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 32):

(...) entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio.

A evolução direciona a uma visão cristã de família, adequado ao preceituava ao direito romano, o que aponta para a autoridade exclusiva do *pater familias*.

Já na Idade Média, a figura de sacerdote do *pater* deixou de existir, haja vista o crescimento do Cristianismo, “sendo reconhecida como religião oficial de todos os povos civilizados”, e os cultos passaram a ser ministrados em capelas. (SIQUEIRA, 2010).

Neste interim, as bases do Direito Canônico, construída sob a ótica familiar atrelada ao casamento, o que influenciou os relacionamentos daquela época nesse sentido.

Amolda-se a conjuntura familiar a partir de alterações religiosas advindas da reforma protestante, apresentando a conceituação do direito moderno e contemporâneo. Resta necessário a observação das hipóteses aventadas por Alessandro Marques de Siqueira, quais sejam:

(...) para o não católico, caberia ao Estado, e tão somente a ele, a regulamentação dos atos nupciais. Nos países onde ocorreu a Reforma Protestante, surgiram as primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso e transformando-o no único válido legalmente.

Com a revolução industrial, período moderno, pela própria conjuntura econômica, os membros das famílias viram-se obrigados a saírem para trabalhar nas fábricas, passando-se para um comando não mais absoluto nas mãos do chefe

de família, mas, necessariamente, de divisão de tarefas com os demais participantes.

A Revolução Francesa é aquela que inaugura o período contemporâneo, baseada nos seus princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, influenciando estes o surgimento dos novos modelos de família.

À luz do direito contemporâneo, baseado em princípios democráticos de aperfeiçoamento e de dignidade da pessoa, consagrados na maior parte das constituições modernas, não mais se pode considerar como família apenas a relação entre um homem e uma mulher, unidos pelos laços do matrimônio. Assim rompidos os paradigmas identificadores da família, que antes se assentavam na tríade casamento/ sexo/ reprodução, necessária se faz buscar um novo conceito de família. (SIQUEIRA, 2010)

Em face da conjuntura de evolução histórica no que concerne à família, vislumbrou-se a figura do *pater* mais participativo e menos autoritário no que se refere a sua atuação como membro central da família, à medida em que se divide as funções com a esposa, descendentes e os afetos a esta relação familiar, de modo que estes passaram neste momento a desenvolver um papel preponderante na sociedade familiar.

1.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

Em consonância com a doutrina majoritária o conceito de família embora tenha sofrido inúmeras alterações históricas, se constitui através de relações entre indivíduos com o condão de uma forte ligação afetiva que os motiva a seguir juntos durante toda o caminhar pela vida, dividindo direitos e deveres favorecendo a boa relação social, estendido a sua conceituação seja a laços sanguíneos ou meramente afetivos.

Do mesmo modo Maria Berenice Dias (2010) disserta acerca da temática se posicionando da seguinte forma:

A formatação da família não decorre exclusivamente dos sagrados laços do matrimônio. Pode surgir do vínculo de convívio e não ter conotação de ordem sexual entre seus integrantes. Tanto é assim que a Constituição Federal esgarçou o conceito de entidade familiar para albergar não só o casamento, mas também a união estável e a que se passou a ser chamada de família monoparental: um dos pais com a sua prole.

Nesta mesma perspectiva desenvolve:

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, um conjunto de pessoas ligadas a um casal, unido pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, sendo o pai a figura central, na companhia da esposa, e rodeados de filhos, genros, noras e netos. (DIAS, 2010)

Dada a corrente doutrinária que se privilegia verifica-se uma enormidade de conceituações no âmbito do que é família. Resta evidente que algumas destas conceituações se aproximam até determinado ponto e se antagonizam em outros. As características sempre consonantes são as de afetividade e o dever de compromisso entre os participantes desta sociedade, a certeza que se preceitua é que sem o amor como base não se constitui uma união familiar.

Maria Helena Diniz (2008, p. 8) subdivide família em três acepções: sentido amplíssimo, sentido *lato* e acepção restrita.

(...) família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parente da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (DINIZ, 2008, p.8)

A legislação pátria abrange as três acepções trazidas pela autora, sendo aplicável cada uma em diferentes aspectos das relações familiares, graduando os direitos e obrigações de acordo com a proximidade do círculo familiar. (GOMES, 1998, p.33)

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges inaugura a evolução no âmbito familiar que é a previsão de igualdade em direitos e deveres dos companheiros, haja vista, uma evolução natural do papel da mulher na sociedade, passa-se a vislumbrar o que a doutrina chama de decisões em conjunto, não há mais decisões concentradas e sim “substituída por decisões que devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher”. (DIAS, 2007, p.18)

Os fundamentos dos dispositivos dos artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil, descreve um poder dever chamado de princípio da consagração do poder familiar.

Conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro no artigo 1º da Constituição Federal, refletindo a base da comunidade familiar tendo o condão garantista para o desenvolvimento de todos os indivíduos, sobretudo da criança e do adolescente. (CF, art. 227).

A doutrina de Gustavo Tepedino defende:

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.

Diante do supracitado, e em consonância com o previsto na Constituição Federal no art.227, assim como, no art.3º ECA ver-se que a busca maior da família é pelo bem estar dos que participam da sociedade, é a afetividade construída com a relação cotidiana, a sociabilidade, assim como, os cuidados básicos com alimentação, saúde, higiene, conforto e segurança, buscando, ainda, o favorecimento de um ambiente oportuno ao aprendizado, e ao desenvolvimento tanto intelectual, como físico.

1.3 DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A colonização dos portugueses no Brasil, influenciou de maneira determinante o direito de família sob a influencia da positivação do direito canônico. Sendo introduzidas pela Ordenação Filipinas e perdurou até a promulgação do Código Civil de 1916.

Alessandro Marques de Siqueira assevera:

É nítida a influência do direito canônico na formação de nossos valores, bem como da religião e da moral na constituição dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativas.

Nesta mesma ótica o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 32):

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento.

O Código Civil de 1916 determinava em seus artigos que o instituto familiar só poderia ser constituído via matrimônio, qualquer outra forma de relacionamento, afastava-se da conceituação de família.

Segundo Matheus Antônio da Cunha :

A legislação civil de 1916 consagra o casamento como o único instituto jurídico formador da família, dificultando, outrossim, a adoção e permitindo o reconhecimento de filhos apenas quando não adulterinos ou incestuosos

O princípio da dignidade da pessoa humana inaugura sua positivação com advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), este além de nortear valores e direitos de toda sorte, norteia os valores do direito de família. Evidentemente, que sai da Constituição Federal as motivações que se adequam nas normas infraconstitucionais. E não foi diferente na norma civilista.

Transformações essas demonstradas por Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 33) em três aspectos, chamados por ele de eixos, quais sejam:

O artigo 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no parágrafo 6º do artigo 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrida dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226 parágrafo 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

A partir deste ponto, vislumbra-se que a união estável passa a ser reconhecida como entidade familiar. Percebe-se também a igualdade entre os cônjuges, além de vedar a diferenciação discriminatória da filiação, dentro ou fora do casamento.

Com a promulgação da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, Código Civil de 2002, que dispõe sobre a família, ver-se o conceito de família de forma mais abrangente, dividindo-a em blocos familiares, que surgem tradicionalmente através de casamento, ou na época com posicionamento de vanguarda, através das uniões estáveis, ou da família monoparental, que é aquela constituída por um dos genitores e de descendentes.

Salienta-se o que defende Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.33) no que concerne a aprovação do Código Civil de 2002 que:

(...) convoca os pais a uma paternidade responsável e assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

No contexto da evolução doutrinária apresenta Alessandro Marques de Siqueira (2010) ao falar acerca do poder familiar:

O poder do pai sobre os filhos passa a ser chamado de poder familiar, exercido igualmente pelo pai e pela mãe. O homem deixa de ser o “Chefe da Família”, que é dirigida pelo casal, com iguais poderes para o homem e para a mulher. Se o marido e mulher divergirem, por não mais haver a prevalência da vontade do pai, a solução será transferida ao Judiciário.

Por óbvio que em face da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002, as demais normas regulamentadoras da relação familiar sofre alterações na mesmo sentido.

Preceitua doutrinariamente Carlos Roberto Gonçalves, essas alterações, denotam a função social da família no direito brasileiro, sendo elas:

(...) a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição do poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir aos pais do poder familiar quando faltar aos deveres a ele inerentes; da obrigação imposta aos cônjuges separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos.

Desta feita, a função social da família por óbvio privilegia a estrutura familiar, servindo como base para relação pais e filhos, direcionando os direitos e deveres de ambos os genitores.

1.4. DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

1.4.1 DO PODER FAMILIAR

A dicção do pátrio poder surge no direito romano, com a condão de denotar o caráter absoluto do chefe de família, evolui a nomenclatura para poder familiar, a previsão doutrinária dá o crédito do poder familiar ao chefe de família, exercendo este, em um primeiro momento histórico, autoridade com severidade e rigidez, a passagem do dito poder familiar era sucessivo, ou seja, em face de qualquer impedimento ao exercício dele pelo chefe de família, passasse o poder para a mãe.

E arremata Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 399):

Tal situação foi alterada pela Lei n. 4.121/62, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que deu nova redação ao art. 380 do aludido diploma, para determinar que, durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, “exercendo o marido com a colaboração da mulher”, acrescentando, no parágrafo único, que, divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá à decisão do pai, ressalvado a mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Logo, a dicção pátrio poder, teve seu estabelecimento ameaçado, quando alguns doutrinadores, a exemplo de Gonçalves, sugeriram ser utilizada a expressão “pátrio dever”, por entenderem ter os pais mais deveres que direitos nesta relação previamente estabelecida. (GONÇALVES, 2010, p. 397)

Em face das evoluções legislativas, subsistiu o princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher, os pais, favorecendo os filhos, ao passo em que sai-se do poder concentrado nas mãos do chefe de família e passa-se o seu exercício ao simultaneamente aos pais, de forma igualitária.

A materialização deste princípio advém da Constituição Federal de 1988, pontualmente, no seu artigo 225, parágrafo 5º, que tem a seguinte dicção: “os

direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Neste mesmo contexto, apresenta-se o novo Código Civil, atribuído aos pais o poder familiar, por atribuírem-lhe igualdade de condições, conforme expresso no artigo 1631, que diz: “ Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais (...)”.

É viável salientar que o termo poder familiar, constitui uma evolução social, refletindo tão somente a obrigação do Estado em regular as relações entre pais e filhos, de modo a buscar sempre o bem estar do mais frágil, os filhos.

É nesse aspecto que o artigo 1.634 do Código Civil, elenca os deveres impostos aos pais, buscando resguardar os direitos dos filhos, enquanto forem menores e não tenham atingido a capacidade civil plena sob o prisma da criação e educação.

Defende Roberto Senise Lisboa (2009, p.200): “o poder familiar é a autorização legal para atuar segundo os fins de preservação da unidade familiar e do desenvolvimento biopsíquico dos seus integrantes”.

Preceitua o Estado, que ao ser constituída a família, existirá a obrigação dos pais de resguardarem o bem estar do filho que está sob sua tutela devendo estes privilegiar ações que os levem ao cumprimento dos seus deveres positivados.

Luis da Cunha Gonçalves (2010, p.308) diz que “o poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicuem desse poder, será nula”.

Resta evidente que o poder familiar é um múnus público com o Estado resguardando todos os direitos e deveres concernentes a este poder. Em face desta realidade percebe-se que o poder familiar não pode ser negociado, constituindo um direito irrenunciável, é também inalienável, não podendo, assim, ser transferido nem a título gratuito nem oneroso. É viável salientar, que exceto nos caso previstos em lei, não decairá o poder familiar, mesmo que um dos genitores não deseje ou deixe exercê-lo.

1.4.2 DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Sabe-se que o poder familiar tem o condão garantista, devendo o titular dos direitos e deveres deste poder, adotarem condutas totalmente voltadas a proteger e criar os filhos buscando o bem estar da criança ou adolescente.

Os direitos e deveres dados aos pais na sua relação com seus filhos estão expressos no artigo 1634 do Código Civil, são eles:

Art. 1634 (...)

I- dirigir-lhes a educação e criação;

II- tê-los em sua companhia e guarda;

III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

VI- nomear-lhes tutor, por testamento ou outro qualquer documento autêntico se o outro dos pais vier a falecer anteriormente, ou não mais puder exercer o Poder Familiar com exclusividade;

V- representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los depois dessa idade e até os dezoito anos, nos atos de que participarem, suprindo-lhes o consentimento;

VI- reclamá-los de que ilegalmente os detenha;

VII- exigir que tais filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição pessoal.

Fica claro, que os casos em tela, preceituados no referido artigo, pontuam os interesses dos menores, devendo estes direitos serem resguardados pelos titulares do poder familiar.

No que confere à competência dos pais para com os filhos, sua responsabilidade engloba:

I - dirigir a educação e criação do menor é de inteira importância observar que o que está disposto no referido artigo em seu inciso primeiro vem para reforçar o que o está previsto tanto na Constituição Federal em seu artigo 229, como no Estatuto da Criança e do adolescente. (art. 1634 CC)

Art. 229 Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A norma prevista no art.53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), concerne ao direito da criança à educação.

Art. 53 A criança e o adolescente tem direito a educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (...).

Na mesma senda Maria Helen Diniz (2010, p. 519):

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (CC, art. 1638, II), sofrerão as sanções previstas no Código Penal (art. 244 e 246 para o crime de abandono material e intelectual dos menores, e, ainda, arcarão com a responsabilidade civil pelo dano moral causado aos filhos, relativamente aos seus direitos da personalidade).

Fixa-se como dever do pai e da mãe zelar pela integridade física e emocional do filho, ficando claro que ao nascer com vida deve a criança ter todas as suas necessidades supridas pelos pais, sejam elas emocionais ou materiais.

O dever é simultâneo, em conjunto com o Estado, a família tem o dever de assegurar à criança o acesso a educação e a cultura, para que promova um desenvolvimento digno de exercer a sua cidadania.

II – Tê-los em sua companhia e guarda, é dever direito de ambos os pais, partindo da premissa que um deles tem o direito de guarda sobre o menor, é dever do mesmo em educar e criar o filho. (art. 1634 CC)

Novamente a doutrina de Maria Helena Diniz (2007, p. 520) arremata:

Um poder – dever dos titulares do poder familiar. Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

É necessário no exercício do poder familiar para a aplicação por parte dos seus detentores a aplicação de medidas restritivas, ao passo em que atuando com o devido poder de tutela, os pais têm obrigação de limitar, por exemplo, os locais que os filhos podem visitar, atuando em conformidade com a moral e os bons costumes e com a lei, ou seja, não deve uma criança ir livremente a bares noturnos, por exemplo. É importante a restrição de alguns programas televisivos, que já são, mediante lei, escalonados por idade. É importante o controle de acessos a determinadas páginas de internet, limitando-as, preferencialmente, em consonância com a capacidade educativa aos filhos.

A perspectiva elencada tanto no artigo 1.703 do Código Civil quanto o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ampliam e inovam ao preceituar que não está ligado ao poder econômico o direito ao exercício do poder familiar ou

até mesmo a um convívio diário, seguindo esta previsão legal a evolução social, tendo em vista as novas constituições familiares.

Se os pais se encontram separados de fato, o filho deve permanecer com quem está, até que o juiz definitivamente, no processo de separação judicial, decida com quem a criança deve ficar sendo aquele que oferece melhores condições para exercer a guarda. (GONÇALVES, 2007, p. 403)

Segue o mesmo entendimento a jurisprudência majoritária, ao prever que a guarda deverá ficar com quem está em convívio, contudo qualquer ato ilícito praticado pelo filho responderá este genitor, por ser seu responsável, no contexto legal, que rege esta relação, o mesmo falhou no seu dever de proteção.

Sabe-se que embora no que concerne ao poder familiar, este independe de convívio diário, em face do rompimento do pacto conjugal, a responsabilidade civil pelos atos do menor sob sua guarda cairá tão somente para quem é detentor da guarda.

III – Dar ou negar seu consentimento para que o filho se case, é responsabilidade delegada aos pais, uma vez que pressupõe serem os pais o maior interessado pelos filhos. (GONÇALVES, 2007, p. 404) (art.1634 CC)

Em conformidade com a previsão legal expressa no artigo 1.517 do Código Civil, prevê que exerce o poder familiar, para autorizar o casamento do menor de dezesseis anos de idade, pois o mesmo ainda não atingiu a maioridade e está sob a responsabilidade dos seus pais.

Salienta-se que na ausência de um dos genitores ao exercício do poder familiar será este exercido exclusivamente pelo outro genitor.

IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou outro qualquer documento autêntico se o outro dos pais vier a falecer anteriormente, ou não mais puder exercer o Poder Familiar com exclusividade; Ninguém melhor do que os pais para decidir quem irá ficar com a tutela dos filhos. (art. 1634 CC).

Nesta mesma visão Silvio Rodrigues (2004, p.361):

Esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercitar o poder paternal, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere.

Por ser o poder familiar atribuído a ambos os genitores existe uma vedação para que este direito não seja privado ou restringido, a medida em que este é um direito adquirido.

V- representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los depois dessa idade e até os dezoito anos, nos atos de que participarem, suprindo-lhes o consentimento; Para os atos da vida civil o menor é incapaz, tendo que ser representado nos atos em que for parte. (art. 1634 CC)

Preceitua o artigo 1.692 do Código Civil a figura do curador especial sempre que houver uma colisão de interesses entre os detentores do poder familiar e os filhos, onde estes podem requerer ou o Ministério Público, dando o juiz um curador especial ao menor ou incapaz.

O poder familiar será exercido unicamente pela mãe, caso o pai venha a falecer e mesmo que ela tenha se casado outra vez. Na hipótese da mãe falecer ou for incapaz de representar o filho, caberá ao tutor sendo ele nomeado pelos genitores por testamento ou documento publico, ou pelo juiz, em falta de tutor nomeado pelos pais. (GONÇALVES, 2007, p. 405)

Privilegia-se que o direito e dever de ter os filhos em sua companhia e guarda é cabível a ambos os pais. Salieta-se que uma vez que um dos pais descuida-se da obrigação com o seu filho, expondo-o a constrangimentos que prejudicaram seu desenvolvimento saudável não poderá requerer judicialmente o direito de exercer o poder familiar.

Uma discussão pertinente nesta seara é acerca dos castigos empregados pelos pais, se este afastam-se do poder/dever do poder familiar ou se o excluem totalmente. De fato, não existe óbices a aplicação de castigos educativos aos filhos, estes caminham junto ao bom senso, e não atingem a moral e os bons costumes. Contudo, os castigos que chocam a sociedade, sai de uma conduta educativa e cai na esfera penalista, ao passo que macula, por conseguinte, o exercício do poder familiar.

O bom senso é imprescindível, sobretudo, quando se refere a castigos de forma física. A cultura brasileira faculta aos pais a possibilidade de castigar, desde que de forma branda, fisicamente os seus filhos, não deixando de observar o que preceitua o artigo 1.638, I, onde a aplicação de castigos imoderados caracteriza o crime de maus tratos, sendo uma das causas da perda do poder familiar.

No mesmo compasso preceitua Maria Helena Diniz (2007. p. 522):

Os menores deverão não só respeitar e obedecer aos seus pais, mas também prestar-lhes serviços compatíveis com sua situação, participando da manutenção da família, preparando para os embates da vida.

1.4.3 DA SUSPENSÃO E DA EXTINÇÃO DO PODER DE FAMÍLIA

1.4.3.1 Suspensão do Poder Familiar

Em face dos deveres e direitos no exercício do poder familiar pelos pais, prevê, a legislação, que na ocorrência de faltas graves subsistirá necessariamente medidas de proteção com o fulcro de fazer cessar e proteger o menor, buscando resguardar seus direitos, a medida mais efetiva nestes casos é a suspensão do poder familiar, como medida protetiva extrema na busca de proteger o menor.

Preceitua Maria Helena Diniz (2007, p.525):

Sendo o poder familiar um múnus público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar.

A suspensão do poder familiar por constituir uma medida protetiva extremamente forte, faz-se necessário que o devido processo legal esteja imbuído nesta suspensão, de sorte que ela só sairá mediante decisão judicial. A suspensão do poder familiar será deferida mediante análise judicial do caso concreto, não podendo ser uma medida generalizada, mas analítica. A previsão do artigo 1.637 do Código Civil é que a suspensão tem caráter temporário.

Dispõe o artigo 1637 do Código Civil:

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

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Sempre que for visualizada uma situação de abuso de poder no exercício do poder familiar, e o elenco disposto no artigo 1.637 apontará quais são os

descumprimentos que levarão a suspensão do poder familiar, são eles: a desestrutura financeira, refletindo no arruinamento dos bens dos filhos; expor os filhos a riscos, com ausência do dever de segurança; além de condenação irrecorrível do pai ou da mãe por crimes que tenha pena excedente a dois anos de prisão.

Exemplo claro da suspensão do poder familiar por condenação criminal de sentença irrecorrível a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Apelação cível – Ação de destituição do poder familiar ajuizada pelo Ministério Público; menor de 14 anos vítima de abuso sexual praticado pelo padrasto de ambiente familiar omissão da genitora; condenação do padrasto na esfera criminal; absolvição da genitora amparada na máxima *in dubio pro reo*; infantes sob os cuidados provisórios do tio materno; nova denúncia de abuso praticado pelo guardião contra a criança – situação de risco evidenciada pelo conselho tutela; colocação das crianças em abrigo; destituição do poder familiar imposta em primeiro grau.

Defende, neste mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.416):

A suspensão do poder familiar constitui uma sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto como intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves, mencionadas no artigo retrotranscrito, e que representam, no geral, infração genérica aos deveres paternos. Na interpretação do aludido dispositivo deve o juiz ter sempre presente, como já disse que a intervenção judicial é feita no interesse do menor.

Sabe-se que a suspensão pode ser total ou parcial. Se total os poderes que envolvem o exercício do poder familiar serão todos suspensos. Se for parcial, ter-se-á apenas a suspensão de alguma obrigação específica que fora previamente vilipendiada, causa da sua suspensão.

O que se deve apreender sobre essa temática é que por ser a suspensão temporária ela não excluirá definitivamente o direito ao exercício do poder familiar, mas o terá suspenso enquanto persistir os motivos de sua suspensão.

Fica a cargo do juiz, após a análise do caso concreto, decidir em sentença qual o lapso temporal necessário para o cumprimento da suspensão e sua efetiva eficácia no que concerne ao reflexo benéfico trazido para a relação entre os genitores e o filho.

No que pertine à revogação da suspensão, Carlos Roberto Gonçalves sedimenta: “A suspensão, deixada ao *arbitrium boni viri* do juiz, poderá assim ser revogada, também a critério dele”.

Em face da suspensão do exercício do poder familiar por um dos genitores e ausente o outro, neste caso nomeara o juízo um tutor para o menor.

Em face do previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 157, ver-se que a referida suspensão poderá ser feita liminar ou incidentalmente dentro do processo, até que se tenha o julgamento definitivo da causa, de modo que também nestes casos será nomeado tutor a criança.

1.4.3.2 Extinção e Perda ou Destituição do Poder Familiar

Os requisitos para a extinção do poder familiar estão em consonância com o previsto no dispositivo do Código Civil no seu artigo 1.635, refletidos através da morte; emancipação; maioridade; adoção; e de decisão judicial em consonância com o previsto no artigo 1.638.

Levanta-se neste ponto o destaque para o critério de exclusão por morte, ao passo que a doutrina majoritária aponta a sua aplicação apenas aos envolvidos no âmbito do exercício do poder familiar, sendo assim, os pais e/ou filhos.

Apona Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.411):

Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A de ambos impõe a nomeação de tutor, para se dar sequência à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor.

De fato torna-se inegável que a constatação da morte de um dos genitores que sofria extinção do poder familiar exaure-se ao passo que não mais prevalecerá razões nem mesmo para o exercício do poder familiar, muito menos para sua extinção. Assim também o é quando da morte do filho, pois conseqüentemente a relação jurídica que consubstancia o exercício do poder familiar deixa de existir.

Em consonância com o que foi analisado, ver-se que no artigo 5º, paragrafo único do Código Civil fala-se da antecipação da aquisição da capacidade plena, equiparando a pessoa incapaz ao maior antes mesmo da idade legal. Neste caso, deixará o filho a submissão do poder familiar em decorrência da sua emancipação.

Dá-se a emancipação por: I – concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Outra causa da cessação do poder familiar é a maioridade, de modo que a essencial do exercício do poder familiar deixara de existir por este critério, a medida que aquele que vivia sob a tutela dos pais, passa sob a ótica civilista a atuar sozinho de acordo com sua vontade, não necessitando mais de autorizações prévias para atuar na vida, deste modo cessa o exercício do poder familiar por não ser mais os genitores os responsáveis pela conduta do filho, a exceção fica a cargo do incapaz, que mesmo que atinja maioridade será considerado absolutamente incapaz sob a ótica civilista e necessitará para tanto de tutor.

Uma peculiaridade da adoção é que a medida que esta concretiza-se extingue-se o poder familiar dos genitores naturais, passando diretamente este poder aos pais adotantes, de forma irrevogável e definitiva.

Carlos Roberto Gonçalves expressa (2010, p. 411), tal circunstância é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz, posterior arrependimento, daquele, se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular.

Para que seja confirmada a perda ou destituição do poder familiar, ver-se como elemento primordial a configuração das hipóteses do artigo 1638 do Código Civil, refletindo a extinção mediante decisão judicial.

É necessário antes de decisão judicial nesse sentido que seja feita análise exaustiva, pontuando sempre o melhor interesse do menor, haja vista que a perda deste poder é reflexo grave no âmbito familiar, logo a busca é pela dignidade humana do menor.

As hipóteses previstas no artigo 1638 do Código Civil como causa da perda ou destituição do poder familiar são: a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de falta aos deveres inerentes ao poder familiar.

O castigo imoderado reflete a previsão penal de maus tratos, e como a própria etimologia da frase sugere, exacerba no castigo aplicado ao filho na busca de que assim seus filhos sejam obedientes.

Esta violência física fere precipuamente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a integridade física da criança e do adolescente, contrariando o disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

Na mesma senda, Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 225):

Na dimensão do tradicional pátrio poder, era cabível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo.

É previsão do artigo 227 da Constituição Federal o direito a convivência familiar e comunitária da criança e adolescente. Desta feita, fere direito previsto constitucionalmente deixar o filho em abandono, além de privá-lo do direito garantido, o prejudica moral e intelectualmente.

Nesse teor, em face de conduta negligente e dos deveres essenciais aos genitores que muita das vezes é violada, é que se configura o abandono e permite a perda do poder familiar. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Agv 70047255054, Relator: Des. Jorge Luís Dall' Agnol)

É, também, causa de extinção do poder familiar praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. Nessa seara vem decidindo os Tribunais, conforme ementa abaixo transcrita.

Apelação cível. Ação de destituição do poder familiar decretada a pedido do ministério público. Menores em estado de abandono e prática de atos contrários a moral e bons costumes. Presença dos requisitos ensejadores da providência extrema. Conjunto probatório que respalda plenamente essa decisão. Decisão mantida. Recurso desprovido.”

(7785115 PR 0778511-5, Relator: Augusto Lopes Cortes, Data de Julgamento: 06/07/2011, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 677)

Corroborando neste mesmo sentido o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 413) quando diz:

O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, deve os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles.

E finalmente, perderá os genitores o poder familiar quando repetidas vezes forem incursos nas faltas previstas para suspensão deste.

Em consonância com o defendido nos textos supracitados e se coadunando com a doutrina de Gonçalves, ao contrario do caráter temporário da suspensão do poder familiar, a perda do poder familiar é de caráter permanente, dando a possibilidade de retratação aos pais quando a causa que motivou a perda do poder familiar estiver cessado, restando claro, que esta perda não é definitiva. Contudo, ao sair a decisão judicial o titular do poder familiar perde sua capacidade de exercício.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 CONCEITO

Richard A. Gardner, psiquiatra infantil norte americano, em meados dos anos 80 através de estudos feitos com os seus pacientes, sendo eles filhos de pais separados, observou que os mesmos apresentavam atitudes semelhantes, e diante desse processo de estudo deu o nome de Alienação Parental. (COSER, 2011)

Em razão das suas experiências clínicas, o psiquiatra forense Gardner, conseguiu chegar à conclusão de que para se configurar a alienação parental é preciso a participação de um dos pais com o intuito de tentar separar a criança do outro genitor, estendendo-se a outros parentes, como por exemplo, tios, avós, com o fulcro apenas de vingar um rompimento via divórcio não aceito.

Preponderantemente, quando da separação familiar, quem tinha a guarda do filho era a mãe, e na senda do pensamento de Duarte “a mãe por

desempenhar um papel sublime, quase que constantemente ficava com a guarda do filho”. Logo, o pai exercia apenas o seu direito de visitação aos finais de semana alternadamente e determinados pela justiça.

Torna-se comum vislumbrar na quebra da vida conjugal, sentimentos na mãe de revolta, desprezo, abandono e rejeição, conduzindo, assim, ao sentimento exacerbado de vingança, e ao perceber no pai o desejo de manter uma relação familiar com o filho, utiliza-se disto para atingir o outro genitor, injuriando-o para o filho.

Para SOUSA (2010, apud Dayane Milane et. Al, 2011, p. 8), no Brasil, “[...] o assunto surgiu principalmente por meio de associações de pais separados[...]”, culminando com a elaboração de um novo projeto, sancionado em agosto de 2010, denominado –se de Alienação Parental.

Denota a Alienação parental, também a nova Lei nº 12.318 em seu Artigo 2º, ao demonstrar que:

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.

Resta evidente que aquele que detiver a guarda do menor e praticar atos com o intuito de desmoralizar, ou de macular a imagem do outro genitor para o filho, manipulando-o a sentir raiva e desprezo pratica estágio de alienação parental.

Defende Maria Berenice Dias (2010, p. 455) ao definir o tema:

Nada mais do que uma lavagem cerebral feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador.

É viável neste momento ressaltar a diferença existente entre a Síndrome da alienação parental e a Alienação parental propriamente dita, Sandra Vilela:

Quando a síndrome esta presente, a criança passa a recusar a companhia do genitor alienado e com isso temos a quebra da relação do filho com este genitor. É este o objetivo do genitor alienador: acabar com a relação entre o filho e o genitor.

Já no que tange a alienação parental, a mesma sedimenta :

Ato que visa de qualquer forma afastar a criança da convivência com o seu genitor, não sendo necessário que a criança repudie o genitor

alienado, bastando que o filho se afaste deste genitor para caracterizar a alienação parental.

Desta forma, o objetivo precípua da alienação parental é o de afastar o genitor do convívio do filho, pautando-se em meios prejudiciais ao menor. Já a síndrome de alienação parental está configurada mediante os atos da alienação parental.

A alienação parental quando praticada fere o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, configura abuso moral e ferindo ainda o direito a convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. (BARUFFI; NORA, 2010).

Resta claro, que a alienação parental não privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana e acelera assim o rompimento de todos os princípios fundamentais que devem nortear as condutas familiares, sobretudo os pilares que sustentam a relação entre pais e filhos.

2.2 O PERFIL FAMILIAR

No que concerne ao perfil familiar, não se pode deixar de suscitar o que preceitua o art.226 da Constituição Federal de 1988 no que concerne ao direito a convivência familiar, assim como na norma especial do ECA em seu art. 19 ao preceituar:

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.

A base da sociedade é sem dúvidas a família e esta tem papel fundamental nela, devendo em conjunto com esta e com o Estado a assegurar a criança e ao adolescente todos os direitos constitucionais e para tanto sociais básicos como, o direito a 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 consonância com o previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

A revista brasileira de família número trinta e sete, traz um posicionamento doutrinário no que concerne a convivência familiar:

Compete à família, juntamente com o Poder Público e a sociedade, garantir aos menores de 18 anos todos os direitos fundamentais difusos enumerados no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Dentre estes ônus previstos na lei maior do País e na lei civil, destacamos o dever de registrar o filho e o de convivência familiar, este último entendido como a obrigação jurídica de cada genitor ou do guardião de promover e estimular uma relação positiva e harmoniosa entre o filho e o genitor (...)

Corroborando com a discussão, verifica-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 em seu artigo 1º a disposição sobre proteção integral à criança e ao adolescente, bem como em seu artigo 4º relata o dever da família para com a criança, enfatizando o que diz o artigo 227 da Constituição Federal.

Desta feita, percebe-se imprescindível a convivência harmoniosa entre pais e filhos de modo a proporcionar a este um desenvolvimento físico e psicológico saudável.

Segundo Maria Berenice Dias (2010. p.162), é dentro da própria casa que as crianças e adolescentes na maioria das vezes são violentados, e por mais que as denúncias tenha natureza de família pobre, a violência psicológica para com a criança independente de classe social.

“O que acontece é que as famílias de condições financeiras superiores tem a maior possibilidade de impedir que a violência transcenda ao mundo exterior.” (DIAS, 2010. p.162).

Destaca-se que no âmbito familiar é imprescindível para a configuração da alienação parenta uma relação triangular envolvendo o alienador, o genitor vitimado e a criança.

Segundo Maria Mesquita de Góis (2010), a guarda dos filhos mesmo nos dias atuais é confiada à mãe, sendo por isso o maior numero de incidência como genitor alienador desempenhado por elas.

Retrata-se assim a conduta da alienação advinda na maioria das vezes da mãe que é ainda que tem o direito de guarda em sua maioria decidido favoravelmente. Prevalendo-se deste aspecto para impor-se psicologicamente de forma danosa na vida mental do filho.

2.2.1 O Genitor alienador

Como já supracitado, a alienação parental ocorrerá sempre a partir de uma ruptura física e psíquica dos pais, criando perspectivas de um em relação ao outro, e vice e versa, de modo a interferir na relação do filho com um dos pais. Por ser em sua maioria a mulher a que detém a guarda a genitora ao agir assim se encaixa no perfil do genitor alienador, demonstrando uma série de comportamentos que apenas corroboram com a alienação parental exercida por ela.

É difícil caracterizar o perfil de um genitor alienador, porém, é possível denotar através de seus comportamentos e traços de sua personalidade, que o caracterize como um genitor alienador. E esses comportamentos são: dependência; baixa autoestima; condutas de desrespeito às regras, hábito contumaz de atacar as decisões judiciais; litigância como forma de manter aceso o conflito familiar e de negar a perda; etc. (TRINDADE, 2010. p. 26).

Evidentemente, que o pai ao exercer nesses casos o direito de visitação poderá, também exercer a alienação parental, sendo esta uma exceção a regra já mencionada.

Como visto anteriormente, a Lei 12.318 em seu artigo 2º, relata que a prática de alienação pode ser configurada por parte de outros parentes, a exemplo, os avós.

Neste sentido preceitua Barbara Heliadora de Avellar Peralta Brito (2008, p.4) :

Normalmente é a genitora quem exercer tal manipulação, mas é claro que não se trata de uma regra, pois há casos inclusive de avós maternos como alienadores. No entanto o objetivo desta conduta detestável é exclusivamente destruir a relação pai e filho, através da manipulação da criança em odiar o genitor(a).

Jorge Trindade (2010, p. 27), no que se refere a conduta do alienador, se posiciona o definindo como um ser muito criativo, sendo difícil estabelecer uma lista fechada destas condutas, porém pontua as mais comuns. São elas:

- Apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
- Interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
- Desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;

- Desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
- Recusar informações em relação aos filhos (escolas, passeios, aniversários, festas, etc)
- “esquecer” de transmitir avisos importantes/ compromissos (médicos, escolares)
- Tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro e etc. (TRINDADE, 2010,p.27)

Resta evidente, que mediante a realização destas condutas o genitor vitimado é excluído da rotina dos filhos, tornado difícil á sua convivência com o filho alienado.

No que tange aos sentimentos que leva o genitor alienador a praticar tal ato, é uma forma difícil de descrever, assim como caracterizar a conduta de um alienador parental. Contudo os sentimentos de um alienador são voltados para prevalência do ódio sobre o sentimento de amor. (TRINDADE, 2010. p. 29)

E sedimenta José Trindade (2010, p. 30), ao descrever alguns sentimentos próprios do genitor alienador, sendo eles:

- Inveja e ciúmes;
- Destruição, ódio e raiva;
- Superproteção dos filhos;
- Medo e incapacidade perante a vida, ou poder excessivo.

Reflete estes sentimentos, tão somente que a separação além de dividir/separar o menor do convívio de um dos pais, haverá divisão também de tarefas, de visitação e de guarda. Aquele que detêm a guarda é o chamado guardião. Este poderá perder a guarda a qualquer momento, desde que descumpra o que foi previamente estabelecido via sentença judicial.

Desta feita, se subsistir a insegurança do guardião no que concerne a perda da guarda, e por ser este guardião doentio, neste momento surgira a conduta do alienador, remetendo-se a realização de todas as condutas já descritas.

2.2.2 O Genitor vitimado

A vitima da alienação parental advinda do outro genitor é o chamado genitor vitimado ou genitor alienado.

Em consonância com o apresentado na monografia de Bénédicte Goudard (2008, p. 32) conceitua-se o genitor vitimado como:

(...) resultado de um contexto. Pode tratar-se de problemas familiares passados, um histórico de imigração levando a cortar com suas origens, um passado de criança alienada, de bode expiatório, uma história pessoal de fuga, o temor de perder uma relação com as crianças, preocupações de sanidade mental, uma ira intensa em relação ao genitor alienante, até mesmo um desejo escondido de abandonar sua família. Entretanto, todos esses argumentos devem ser utilizados com precaução, porque o mundo médico- judiciário e o círculo social o julgam facilmente demissionário e responsável, pelo menos parcialmente, por aquilo que acontece, embora ele esteja na impotência e, sobretudo, em uma situação de bloqueio.

Explicitando que a “impotência é um sentimento maior deste genitor, e que vai se estender progressivamente às outras áreas de sua vida”. (GOUDART, 2008, p.32)

A resposta do genitor vitimado diante da postura apresentada pela criança é de total incompreensão, ao passo de que além de não entender tal comportamento ainda sente-se injustiçado por esta sofrendo um repúdio do seu filho querido.

Goudard afirma “trata-se realmente de um processo de guerra que se inicia pelo genitor alienante contra o genitor alienado. As crianças são as armas”. (GOUDARD, 2008, p.33)

Surge um binômio, para o filho o genitor alienado é um intruso e para aquele o sentimento é de exclusão. Logo:

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. (DIAS, 2006)

Como bem pontua Goudard (2008, p. 32) “o genitor alienado, traumatizado pela rejeição brutal de seus filhos, não sabe mais como reagir, temendo uma nova atitude hostil”. Cria-se um trauma em face de todos os sentimentos duros e negativos sofridos pelo genitor alienador.

Diante das humilhações pesadas promovidas pelo próprio filho e destituída tacitamente o seu status de genitor, o mesmo se encontra com autoestima enfraquecida e se coloca em situação de ira silenciosa. (GOUDARD. 2008, p. 33).

Relata diante destes fatos, Goudard (2008, p. 35):

O desespero leva rapidamente a uma síndrome depressiva, até mesmo suicídio ou um acidente suicida. Muitas das vezes, um pai ou uma mãe alienados, desesperados, diante de um conflito inexorável do qual eles não vêem o desfecho e sobre o qual não tem nenhum controle, deixam a vida de uma forma ou de outra, porque é a única margem de ação que lhes resta.

Num ato de desespero, muitos cometem crimes imbuídos. Como por exemplo, retirar a vida do juiz por que não o compreendeu do genitor alienante porque o fez passar por situações sofredoras ou até mesmo matar o filho, utilizando da Alienação como pretexto. (LEITE, 2010, p. 24)

Em face de situações gritantes e de todas as humilhações vivenciadas pelo genitor alienado subsiste situações extremas como esta:

Em abril de 2009, advogado, autor de vários livros, Doutor e Professor da USP/Largo São Francisco, cotado para vaga de ministro do TSE, “famoso pela calma e moderação, com 39 anos, matou o próprio filho, de 5 anos, cometendo suicídio”. Deixou a seguinte carta:

Aos meus amigos, Em primeiro lugar, saibam que estou muito bem e que a decisão foi fruto de cuidadosa reflexão e ponderação. Na vida, temos prioridades. E a minha sempre foi meu filho, acima de qualquer outra coisa, título ou cargo. Diante das condições impostas pela mãe e pela família dela e de todo o ocorrido, ele não era e nem seria feliz. Dividido, longe do pai (por vontade da mãe), não se sentia bem na casa da mãe, onde era reprimido inclusive pelo irmão da mãe, bêbado e agressivo, fica constrangido toda vez que falam mal do pai, a mãe tentando sempre afastar o filho do pai, etc. A mãe teve coragem até de não autorizar a viagem do filho para a Disney com o próprio pai, privando o filho do presente de aniversário com o qual ele já tanto sonhava, para conhecer de perto o fantástico lugar sobre o qual os colegas de escola falavam. No futuro, todas as datas comemorativas seriam de tristeza para ele, por não poder comemorar em razão da intransigência materna. Não coloquei meu filho no mundo para ser afastado e ficar longe dele e para que ele sofresse. Se errei, é hora de corrigir o erro, abreviando-lhe o sofrimento. Infelizmente, de todas as alternativas foi a que me restou. E pode ser resumida na maior demonstração de amor de um pai pelo filho. Agora teremos liberdade, paz, e poderei cuidar bem do filho. Fiquem com Deus! (AZAMBUJA. p. 14).

É inevitável que a resposta do genitor alienado seja em muitas das vezes o reflexo da sua indignação diante de uma situação perturbadora advinda da alienação parental. Salieta-se que esta eiva toda a sociedade do seu mal, de modo que atinge negativamente todas as classes sociais, não permitindo que seja feito status sociais para justificar as condutas extremas como esta. A alienação parental atinge uma relação que em regra não deveria ser posta a discussão, nem como balança para medir a força de qualquer dos pais, mas sim deveria preservar esta relação prioritariamente em face de qualquer outro sentimento, seja de amor seja de ódio. Mas, o alienador não pensa dessa forma, preponderando para este apenas o sentimento de vingança, a todo custo e sem limites.

2.2.3 O menor alienado

Se faz necessário a definição de poder familiar, nesta senda Kátia Maciel (apud ULLMAN) o define como:

(...) um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último. Sendo um direito- função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não podem transferir a título gratuito ou oneroso.

Quando bem explica Paula Couto Magalhães “a sociedade é eterna” quando se tem filhos, é bem verdade que com o divórcio haverá uma separação fática, mas que se perpetuara para todo e sempre se houver a presença de filhos.

Diante da separação é decidida pela guarda do menor, privilegiando sempre o interesse do menor. Se for decidida pela guarda compartilhada os efeitos da alienação parental será minimizados, mas não excluídos. Se a guarda for unilateral têm os pais o dever de garantir um desenvolvimento saudável.

Em consonância com a doutrina de Pamela Couto, em situações relacionais mal resolvidas o que deve ser observado, independente da figura do alienador ser homem ou mulher, é de que forma prejudicial isso afeta o desenvolvimento psicológico da criança.

No mesmo sentido a referida autora, a mesma pontua expressões que inauguram a anulação da figura paterna advindas da mãe quando esta atua como alienadora. São elas:

- “Você não me ama... vai me deixar sozinha aqui em casa e ver seu pai”.
- “Eu faço tudo por você e você fica querendo ver seu pai toda hora”.
- “Seu pai está nem ai para você, está mais preocupado com a vida dele agora”.(COUTO, 2012)

Inicia-se a partir deste momento a divisão psicológica do filho que ao passar períodos com o pai simplesmente desenvolve o sentimento de culpa em face das palavras proferidas pela mãe, entendendo o filho que é um traidor daquela que lhe dar carinho e cuidados, desenvolvendo assim o sentimento de repulsa do mesmo para com o pai, criando o distanciamento desejado pela alienadora.

As consequências são de toda ordem, contudo expressa Juliana M. de Abreu (2011) algumas advindas da alienação parental:

Quando um dos pais impede, sem justo motivo, que o outro conviva com o seu filho ou quando faz a criança acreditar que não é amada pelo pai ou pela mãe, a criança pode passar a apresentar comportamentos diferentes do usual. Essa mudança ocorre devido ao sentimento de tristeza ou de revolta, provocado pela alienação parental.

Concomitante a estes fatores, aparece ainda outros que denotam socialmente que a criança passa por alguma situação problemática, como baixo rendimento escolar, ansiedade, agressividade, desenvolvimento de fobia social, dentre outros sentimentos que estão presentes na vida da criança que sofre com a alienação parental.

Resta evidente, que o filho ao desenvolver um vínculo afetivo maior com aquele que convive diariamente, o detentor da guarda, fara de tudo para não desapontá-lo e o efeito danoso daquelas palavras do alienador toma forma de efeito dominó dando sequencia aos maus-tratos de filho para pai.

Quando adulto percebe-se que estava sendo manipulado por um dos genitores para que se afastasse do outro, gerando assim um sentimento de culpa, e segundo Juliana M. de Abreu :

O adulto que sofreu com a alienação parental durante a sua infância corre o risco de repetir o mesmo comportamento do pai ou da mãe que alienou o ex- cônjuge, pois o genitor alienador foi o principal modelo de conduta que a criança teve durante sua infância e adolescência.

A busca maior seria para evitar as consequências para o menor, para o adolescente, e por conseguinte, para o adulto possível alienador, para tudo isto se faz necessário entender as características da alienação parental.

2.3 CARACTERIZAÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Figueiredo e Alexandridis ressaltam que nos processos em que estão presentes a possibilidade de casos de alienação parental, envolvendo a guarda e o direito de convivência para com o menor, não se pode diante de qualquer alegação, configurar uma campanha depreciativa para com o outro genitor, tendo em vista que as alegações podem ser verdadeiras ou falsas.

Além da doutrina, e por ser a alienação parental um tema polêmico e de difícil reconhecimento, foi sancionada a Lei nº 12.318/2010, que se apresenta como um instrumento para identificar e proteger os envolvidos nas situações extremas de alienação parental trata da alienação parental, sendo o mesmo um tema polêmico e de difícil reconhecimento, na busca de proteger o menor, evitando-lhe prejuízos e ao sujeito vitimado, o genitor alienado.

Pontua Maria Berenice Dias (2010, p.456) no que concerne a campanha depreciativa para com o genitor:

Essa notícia levada ao Poder Judiciário, gera situações das mais delicadas. De um lado o dever do magistrado de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática a situação em que a criança está envolvida, pois ficará privado do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

Ao analisar o artigo 2º da lei de alienação parental, percebe-se podemos perceber que para a configuração de tal ato é imprescindível a presença de um sujeito, este denominado como alienador.

“[...] 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 a manutenção de vínculo com este.”

Observa-se que a conduta do alienador mediante atitudes depreciativas favorece a perturbação psicológica da criança e do adolescente.

Explicita acerca do tema Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 43):

O alienador, aproveitando a deficiência de julgamento do menor, bem como da confiança que lhe deposita, acaba por transferir, por meio de “pílulas negativas”, com o passar do tempo, sentimentos destrutivos quanto à figura do vitimado, que irão acarretar no seu repúdio pelo menor, fim último objetivado pelo alienador.

É viável salientar que as expressões depreciativas típicas do alienador não advêm somente de um dos genitores, mas conforme previsão legal da lei de alienação parental estendesse a todos aqueles que exercem diretamente o dever de cuidado, podendo, por exemplo, ser feito pela avó que cuida do seu neto, desde que está tenha uma relação com o neto de confiança para que este então possa receber a alienação e repassá-la para o genitor alienado com o intuito de quebrar a relação entre este e o filho.

Segundo Figueiredo e Alexandridis : “existe muitos casos que quem sofre com a alienação parental é outro parente próximo desse menor como exemplo os avós que também possuem o direito convivencial para com o menor.” (2011, p. 45)

Para Priscila Corrêa da Fonseca embora seja difícil apontar os reais motivos da alienação parental, estabelece alguns:

Pode suceder também que a exclusividade da posse dos filhos revele-se como consequência do desejo de não os ver partilhar da convivência com aqueles que vierem a se relacionar com o ex-cônjuge- independentemente de terem sido estes, ou não, os responsáveis pelo rompimento do vínculo matrimonial. Em outras hipóteses, não de rara ocorrência, a alienação promovida apresenta-se como mero resultado da posse exclusiva que o ex-cônjuge pretende ter sobre os filhos. São situações que se repetem na prática, muito embora os motivos que as ditam se mostrem de natureza diversa: às vezes, é a solidão a que se vê relegada o ex-cônjuge, especialmente quando não tem familiares próximos, isolamento esse que o leva a não prescindir da companhia dos filhos; outras vezes é a falta de confiança- fundada ou infundada- que o ex-cônjuge titular da guarda nutre pelo ex-consorte para cuidar dos filhos. Em determinadas situações, a alienação representa mera consequência do desejo de alienante deter, apenas para si, o amor do filho; algumas outras vezes resultam do ódio que o genitor alienante nutre pelo alienado ou mesmo pelo simples fato de julgar o alienante não ser o outro genitor digno do amor da criança. (2011, p.8-9)

Pontuando-se na doutrina de Figueiredo e Alexandridis , o legislador exemplifica um rol taxativo de condutas promovidas pelo alienador, direcionando para a configuração da alienação. Em que pese a dificuldade em encontrar a real razão, o objetivo precípua é o de defender o interesse do menor que deve ser colocado acima de qualquer interesse.

A respeito da caracterização da alienação parental, Maria Berenice Dias esclarece:

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. 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. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre a verdade e a mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.

Desta feita, ao subsistir a possibilidade de ocorrência de alienação parental, a proteção maior deve ser dada ao interesse do menor, procurando não privá-lo ao convívio de nenhum dos seus genitores, pois isto é bastante danoso para seu desenvolvimento.

2.4 IDENTIFICAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em consonância com a Lei nº 12.318/10, da alienação parental, prevê que na existência de indícios da referida alienação, e, se for necessário, será determinado a perícia psicossocial e biopsicossocial, buscando assim meios para que o poder judiciário tenha ferramentas adequadas para lhe dar com o tema em questão.

Como bem mencionado anteriormente, a alienação parental foi sistematizada pelo psiquiatra forense Richard A. Gardner, estabelecendo três estágios de desenvolvimento da alienação e com o objetivo de dar um norte aos profissionais que são envolvidos nesta identificação, fez uma exposição dos comportamentos das crianças e do genitor alienador. (PAULO, 2010. p. 8).

Beatrice Marinho Paulo no que se refere a alienação parental, pontua:

Por todas as nefastas consequências, é importante que os profissionais de saúde mental que trabalham fazendo avaliações para subsidiar decisões nas Varas de Família estejam bem informados e preparados para realizar uma coleta de dados adequada, que, ao invés de beneficiar um genitor, promova a reestruturação dos vínculos parento-filiais, viabilizando o desenvolvimento emocional harmonioso e o bem-estar psicológico das crianças e adolescentes por eles avaliados. É primordial que psicólogos psiquiatras e assistentes sociais conheçam os critérios de identificação da Alienação Parental, para poder diferenciar o ódio exacerbado que leva a um sentimento de vingança e a programação do filho para afastar-se do outro genitor. Somente o diagnóstico correto permite apontar o tratamento adequado capaz de evitar uma sobreposição de traumas psicológicos todas as pessoas envolvidas.

Conforme já supracitado sabe-se que é difícil a identificação da alienação parental, exatamente por este motivo deve-se ficar a cargo de profissionais tecnicamente habilitados para reconhecer os critérios da alienação, haja vista que a criança não tem condições de perceber ser vítima da alienação.

A observação da conduta do genitor alienante é uma das formas para se reconhecer a alienação parental, em face de atos como: denegrir a imagem do outro genitor, organizar várias atividades para o dia de visita, tomar decisões importantes a respeito do filho sem fazer uma consulta prévia ao outro genitor, dentre outras.

Segundo Gardner, a identificação de uma alienação pode ser constatada no comportamento da criança vítima da alienação, a princípio não sendo necessário que apresente sintomas psicopatológicos, apresentando em um momento posterior, como na hora da visitação do genitor alienado, onde não dar nenhuma razão e simplesmente se recusa a sair com o mesmo.

No entendimento de Santos para diagnosticar a alienação (...) requer dos operadores de direito, assistentes sociais e conselheiros, recorrer ao auxílio da área da Psicologia, visando o enfrentamento do problema, já que se trata de relacionamentos humanos conflituosos.

Fonseca sedimenta:

Identificar a alienação parental e evitar que este maléfico processo afete a criança e se converta em síndrome é tarefa que se impõem ao Poder Judiciário que, para esse fim, deverá contar com o concurso de assistentes sociais e, principalmente, de psicólogas. Por sua vez, aos advogados que militam na área do direito de família

quando procurados pelo genitor alienante para a defesa de seus direitos, tarefa de menor dificuldade e importância não lhes é destinada.

Fica claro, que é imprescindível que a identificação da alienação parental seja feita por profissionais gabaritados no assunto, capazes de visualizarem o problema biopsicossocial que a interferência maléfica de um dos genitores advindos da alienação parental causa ao menor, conseguindo atuar de forma a não traumatizar mais ainda a criança.

2.5 A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Vê-se que a lei da alienação parental tem os seguintes objetivos básicos: a definição do que é alienação parental; fixação de parâmetros seguros para sua caracterização; e o estabelecimento de medidas para inibir a prática de atos de alienação parental ou atenuar seus efeitos.

Ao argumenta sobre a necessidade de atuação do Estado, Regis de Oliveira pontua:

A atuação do Estado nos casos de alienação parental por configurar uma forma de abuso no exercício do poder familiar e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança que envolve questão de interesse público, ante a necessidade de exigir-se paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como salvaguardar a saúde psicológica de crianças e adolescentes.

Em face desta realidade, das pontuações técnicas de Gardner, e da relevância do tema no Brasil é que foi sancionada a lei n. 12.318/2010.

A aprovação da lei sobre alienação parental tem a finalidade de dar um equilíbrio na participação de pais e mães na formação do filho. (PEREZ, 2010, p. 61)

Neste contexto define o legislador a alienação parental como:

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.

A presença daquele que promove campanha depreciativa em face do outro genitor, é presença inquestionável, denominando-se de alienador. Ver-se que este tem o intuito de perturbar e romper a relação entre o outro genitor e a criança para que esta atuando de forma agressiva faça o alienado sofrer.

Figueiredo e Alexandridis (2011, p.50) sedimentam:

(...) alienado é aquele que tem a percepção equivocada sobre os fatos e isso é o que ocorre com o menor ou adolescente, como resultado infalível da reprimível conduta de alienação bem sucedida.

O texto muito bem explicita que a interferência psicológica sofrida pelo menor estende-se a todos aqueles que detiverem a guarda, e não exclusivamente com o pai e com a mãe. Logo, o elemento preponderante para destacar quem é o alienador é o seu poder de guarda.

Nos incisos do art. 2º estão elencadas as atitudes que o alienador realiza para cometer a alienação, que poderá subsistir antes mesmo da ruptura conjugal.

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.

Uma vez constatada um caso concreto vivenciado pelo judiciário, é necessário ao juízo uma alta sensibilidade de modo a exercer cautela nas decisões, corroborando-as com estudos multidisciplinares para então constatar se há ou não a alienação parental

Assim, como praticamente impossível, ou muito difícil, determinar a motivação para a prática da alienação parental, buscou o legislador elaborar um rol meramente exemplificativo de condutas promovidas pelo alienador que podem caracterizá-la, e tal sorte que o objetivo maior da norma é a proteção do interesse do menor que se vê privado, de alguma forma, do convívio com o genitor alienado.(FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011)

O rol apresentado por estes incisos são meramente exemplificativas e não busca, assim, objetivar as situações caracterizadas como alienação.

Lei n° 12.318

Art. (...)

I- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

É a forma precípua de configurar a alienação parental é realizando campanha negativa de desqualificação de um genitor pelo outro tendo como receptor das ofensas o filho que absorverá a conduta negativa como se verdade fosse.

Lei n° 12.318

Art. (...)

II- dificultar o exercício da autoridade parental;

Aos pais é garantido independente da ruptura conjugal o exercício do poder familiar que nada mais se remete que a criação em sua plenitude por ambos os pais, cada um exercendo seu papel fundamental. Se houve ruptura conjugal os pais devem privilegiar nesse sentido a saúde mental e física do filho e para tanto pautar suas condutas neste senda.

Lei n° 12.318

Art. (...)

III- Dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor

Em que pese o rompimento conjugal e a ruptura do convívio diário, mesmo assim deve-se buscar uma aproximação, seja via visitação semanal, seja o favorecimento de visitação livre, buscando o bem estar do filho para que o mesmo não seja o maior prejudicado. Mas, o alienador busca primordialmente um afastamento imediato do genitor alienado e do filho como forma de resposta para a dor do rompimento sofrido por ele, o alienante.

Figueiredo e Alexandridis (2011, p.55) alegam:

O contato entre o genitor que não detém a guarda do menor, para com este, vai muito mais além dos dias e horários em que foi estabelecido direito de visitas. Pelo contrário, o contato do genitor com o seu filho tem que ser contínuo, presente, ainda que com a utilização de meios não presenciais, como o telefone e a internet.

Se o detentor da guarda adota medidas que corroboram com a barreira que impedem o convívio de forma reiteradas significa alienação parental.

Lei nº 12.318

Art. (...)

IV- Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

Em face da ruptura conjugal estabelecidos em juízo os parâmetros de guarda e visitação em prol da convivência familiar, terá o genitor sem a guarda a plenitude do seus direitos resguardados.

Um exemplo clássico do vilipêndio destes direitos conquistados em juiz pelo genitor alienado, é quando o alienador sempre estabelece nos dias da visitas obrigações e atividades extraordinárias para o filho de modo que este direcionara toda a sua intenção nelas desvirtuando-o do encontro com o outro genitor.

Relata Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 56):

Vale lembrar que o direito convivencial garantido ao menor não se refere apenas à figura do genitor, mas, também, a todos os demais parentes, notadamente os avós, que por vezes, são alvo da alienação parental, do genro ou da nora, ou o que é pior, do próprio filho, que busca afastar o neto de sua convivência.

Lei nº 12.318

Art. (...)

V- omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

Uma das condutas realizada pelo alienador é deixar de revelar situação importante referente à vida do menor, para o genitor alienado. Almejando cada vez mais o afastamento desse genitor é que momentos de relevância para a criança é omitido pelo alienador. Como exemplo: “deixar de informar que está internado”, ou até mesmo que está tendo baixo rendimento escolar. (ALEXANDRIDIS; FIGUEIREDO, 2011, p.57)

Completa, ainda, Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 57) :

Realmente, para uma criança ou adolescente, ter a impressão de que um de seus genitores não se importa com ele vai acarretar o seu natural afastamento e repulsa, contudo, a falsa ideia manipulada na mente deste menor o foi de forma articulada pelo genitor alienador que objetivava este afastamento.

Lei nº 12.318

Art. (...)

VI- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

O genitor alienador na busca pela vingança e proteção do menor em face do genitor alienado, utiliza-se da falsa denúncia, seja a imputação de um abuso ou de maus tratos, com o intuito único de dificultar a convivência com a criança.

Evidencia Monica Guazzelli (2007, p. 121):

A falsa denuncia de abuso retrata o lado mais sórdido de uma vingança, pois vai sacrificar a própria prole; entretanto, é situação lamentavelmente recorrente em casos de separação mal resolvida, onde se constata o fato de que muitas das vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe o sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande.

As alegações falsas constituem ainda um ilícito penal, que excede os malefícios trazidos a família, e cai no âmbito penal com o cometimento do delito de falsidade da denúncia, elencado no Código Penal brasileiro em seu artigo 339. Poderá também cometer com as falsas imputações cometer qualquer dos crimes contra a honra (Calúnia; Difamação e Injúria).

Acompanha o mesmo pensamento Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 58) quando expõe:

Diante de uma notícia de sua ocorrência, o mais difícil inicialmente é verificar que se trata de falsa denúncia, até porque, diante da gravidade do apontamento, mostra-se necessário de pronto à proteção do menor quanto ao suposto ato atribuído ao genitor ou um dos seus familiares, assim, antes da apuração concreta do ocorrido, pelo dever geral de cautela o juiz determinará a restrição ou mesmo a suspensão do direito de visitas do acusado para a preservação do interesse do menor.

Se configurada o ilícito penal da falsa denuncia, além das sanções penais previstas, também dará ensejo à perda da guarda.

Lei nº 12.318

Art. (...)

VII- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares destes ou com avós.

É recorrente o genitor alienador toma medidas extremas, como bem explana Priscila Corrêa da Fonseca (2007, p.10):

Um outro meio de manobra para excluir o outro genitor da vida do filho é a mudança de cidade, estado (sic) ou país. Geralmente, essa transferência de domicílio dá-se de modo abrupto, após anos de vida em local ao qual não apenas o genitor alienante encontrava-se acostumado e adaptado, como também a criança que, de inopino, vê-se privada do contato com o progenitor alienado, com os familiares, com os amiguinhos, com a escola à qual já se encontrava integrada etc. E tudo em nome de vagas escusas: melhores condições de trabalho ou de vida, novo relacionamento amoroso com pessoa residente em cidade diferente e, via de regra, distante, etc.

Com medidas desenfreadas e descabidas como estas o genitor alienador atinge o psicológico e, por conseguinte, o desenvolvimento saudável da criança ao distanciá-la repentinamente do contato com os amigos, com a escola e com os familiares.

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.

Este princípio, da dignidade da pessoa humana, é base para o direito de família e para toda a sociedade, em consonância com o previsto no art. 1º inciso III da CF.

Conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.23):

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

Resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana é garantir que todos os direitos sociais e que são basilares para a família, e, por conseguinte, serve de base para um desenvolvimento saudável da criança evitará a configuração e

efeitos da alienação parental. Maria Berenice Dias, pontua que “o alicerce da igualdade no direito de família encontra fundamento neste princípio”.

Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 62) assevera que “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, da qual tem direito independente de ter sido encerrada a relação pessoal entre os genitores”.

Art. 4º Declarado indicio 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.

Como bem esclarecido no texto, presentes os indícios de alienação parental pode ser reconhecida pelo magistrado, pelo Membro do Parquet, ou pela parte interessada, por se tratar de matéria relativa à proteção do menor. No decorrer do processo, seja da fixação da guarda ou discussão sobre a visitação, os indícios poderão ser descobertos em qualquer grau de jurisdição, como bem relatado no texto. (Figueiredo e Alexandridis, 2011, p. 63)

Ainda, no que se refere às medidas provisórias suscitadas no artigo acima os doutrinadores Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 64) defendem:

Assim, por meio de uma cognição sumária o juiz, antes mesmo de qualquer prova técnica, deverá conceder garantia do direito frente à possibilidade de presença da alienação parental, contudo, tal atuação deve ser cercada de grande cautela, uma vez que, da mesma forma que as possíveis atitudes do genitor – visto como alienador- podem realmente ser decorrentes de uma busca pelo afastamento do outro genitor do convívio do menor, sem motivo justificador, podem ser decorrentes da legítima proteção que deve viabilizar a pessoa do filho.

Lei nº 12.318

Art. (...)

Parágrafo único: Assegurar-se-á criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Ao debruçar-se sobre o artigo 4º e o parágrafo único, verifica-se a razão da medida provisória, direcionando para uma visitação assistida por profissionais indicados pelo juízo, favorecendo aos estudos multidisciplinares, verificando-se se configurado tal fenômeno.

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.

§ 1º 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.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitado, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Resta obrigatório ao juízo que ao verificar com casos de alienação parental deverá atuar de forma enérgica, solicitando perícia psicossocial, por necessitar de auxílio multidisciplinar.

Priscila Corrêa da Fonseca ratifica (2007, p. 14):

(...) presentes elementos identificadores da alienação parental, determinando, nestes casos, rigorosa perícia psicossocial para, aí então, ordenar as medidas necessárias para proteção do infante. Observe-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em Psicologia- o diagnóstico da alienação parental. Contudo, o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre as quais o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas.

Deste modo, fica claro que para a análise do tema, é necessária a presença de vários profissionais de diversas áreas, como psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, para que promova a análise cuidadosa do caso. (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS, 2011, p. 67).

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:

Se derivar de ação autônoma ou incidental e ficar provado nos autos à caracterização da alienação parental, conforme Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 70) “deverá o juiz tomar providências no sentido de anular os efeitos já promovidos, bem como de evitar que a conduta seja continuada, de forma a preservar a relação entre o menor e o genitor vitimado”.

Já o posicionamento de Priscila Corrêa da Fonseca (2007, p.14):

As providências judiciais a serem adotadas dependerão do grau em que se encontre o estágio da alienação parental. Assim, poderão o juiz: a) ordenar a realização de terapia familiar, nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado; b) determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, da medida de busca e apreensão; c) condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária enquanto perdurar a resistência às visitas ou a prática ensejadora da alienação; d) alterar a guarda do menor-principalmente quando o genitor alienante apresenta conduta que possa reputar como patológica – determinando, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante ou que sejam estas realizadas de forma supervisionada; e) dependendo da gravidade do padrão de comportamento do genitor alienante ou mesmo diante da resistência por este oposta ao cumprimento das visitas, ordenar a respectiva prisão.

Na Lei nº 12.318/2010, em seu artigo 6º, as medidas presentes tem rol exemplificativo, podendo ser de acordo com a prova pericial produzida, cumuladas, onde indicará a melhor forma com que devam ser sanados efeitos da alienação parental. Tendo o juiz à liberdade de acordo com a orientação dos profissionais envolvidos, aplicar a solução mais adequada para o caso. (ALEXANDRIDIS; FIGUEIREDO, 2011, p. 72) São elas:

Art. 6º (...)

- 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 fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente

VI – declarar a suspensão da autoridade parental.

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.

Uma vez configurada a alienação parental, a guarda deverá ser fundamentada no princípio do melhor interesse para o menor, ainda que a fixação da guarda seja contrária ao interesse dos genitores, como assevera Caio Mario da Silva Pereira (2006, p.299):

Merece destaque neste momento de redefinição das responsabilidades maternas e paternas a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “Guarda Compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais com os filhos na Separação e no Divórcio. Embora a criança tenha o referencial de uma residência principal, fica a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas. A intervenção do Magistrado se dará apenas com o objetivo de homologar as condições pactuadas, ouvido o Ministério Público. Conscientes de suas responsabilidades quanto ao desenvolvimento dos filhos, esta forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas.

Sabe-se que toda decisão emanada das varas de família no que se refere, sobretudo a guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, não faz coisa julgada material, podendo assim ser alterada a qualquer tempo, assim como modificado o regime de visitas.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

De acordo com Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 79):

A competência para o exercício da jurisdição quanto à alienação parental é de natureza absoluta, fixada quanto à matéria, assim, não é dado às partes a sua modificação, sendo possível o reconhecimento da incompetência de ofício pelo juiz.

É polêmica a questão de competência, pois se a ação de alienação parental for proposta de forma autônoma a norma não explicita se deverá ser

distribuída para a Vara Especializada da Infância e Juventude ou se em uma Vara Cível de Família e Sucessões.

Desta forma, Figueiredo e Alexandridis preceituam, “resta, assim, grande polêmica acerca da competência para a discussão da alienação parental, a ser enfrentada por nossos tribunais”.

E finaliza:

(...) a mudança de endereço poder ser o fato que enseja a alienação parental, assim, o último domicílio do menor (de seu representante legal), antes da mudança, será o competente para o ajuizamento da ação, diante da interpretação do art. 98 do Código de Processo Civil, bem como nos termos do inciso I do art. 147 do Estatuto da Criança e do adolescente.

Nesta senda, a alienação parental, estabelecida em lei, ver-se que o alienador será punido com multa, perda da guarda do menor e até mesmo a suspensão parental.

2.6 - ASPECTO PROCESSUAL DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.6.1 A FORMA DA PROTEÇÃO EM FACE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.6.1.1 Ação autônoma ou discussão incidental

A entrada em vigor da Lei nº 12.318/2010, que coloca em nosso ordenamento jurídico a figura da alienação parental, dando destaque a proteção do vitimado, em face da necessidade e adequação da medida que melhor evite a atuação do genitor alienador. O artigo 2º da referida lei, destaca um rol exemplificativo, apontando atos que culminam na alienação parental.

Em que pese o rol exemplificativo do artigo supracitado, a configuração da alienação ocorrerá na maioria das vezes como consequência negativa da ruptura do casal e da definição da guarda do menor.

Indica o artigo 5º da Lei nº 12.318/10, que o genitor vitimado terá legitimidade ativa para propor ação autônoma diante do indício da prática, discutindo a reparação do dano causado na situação em tela. (FIGUEIREDO;ALEXANDRIDIS, 2011 p.92)

Corroborando com este posicionamento, Figueiredo e Alexandridis (2011, p.93) defende:

Importante confirmar que diante da complexidade do tema da alienação parental, há necessidade de um estudo multidisciplinar para a sua configuração e tratamento, bem como pelo interesse que está sendo discutido nos autos, a ação deverá correr o rito ordinário.

Maria Berenice Dias, arremata:

O tempo trabalha em favor do alienador. Quanto mais demora a identificação do que realmente aconteceu, menos chances há de ser detectada a falsidade das denúncias. Como é possível provar fatos negativos, ou seja, que o abuso não existiu, o único modo de descobrir a presença da alienação é mediante perícias psicológicas e estudos sociais. Os laudos psicossociais precisam ser realizados de imediato, inclusive, por meio de procedimentos antecipados, além da obrigação de serem transparentes e elaborados dentro da melhor técnica profissional.

O distanciamento advindo da quebra do laço conjugal entre os genitores favorece a caracterização da alienação parental, vislumbrando o menor sob sua tutela como uma arma para prejudicar e atingir o ex-cônjuge.

Sabe-se que a família por ser base da sociedade, tem total proteção estatal e bases protetivas fortes estabelecidas no ordenamento jurídico, com o intuito de que a família se estabeleça de forma equilibrada e harmônica, favorecendo que os direitos parentais sejam resguardados.

2.6.1.2 Tutela antecipada

A busca maior da sociedade é que as pessoas que a constroem tenham equilíbrio entre suas ações e a norma preestabelecida como busca para coibir atitudes que a excedam.

Todos têm direito de se socorrer do judiciário, expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LXXVII, onde todos têm a garantia no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Figueiredo e Alexandridis (2011, p.93) no que concerne a celeridade processual expressam-se:

A rapidez na solução de conflitos, contudo, esbarra na garantia da segurança jurídica das decisões traduzidas no princípio da ampla defesa e do contraditório (inciso LV do art. 5º da CF), com os meios e recursos inerentes ao processo, o que na prática faz com que as discussões judiciais se arrastem por anos até a solução final.

Desta feita, a busca maior do legislador é pela segurança jurídica e efetividade da norma, contudo de forma célere e para tanto eficaz, inclusive através das tutelas antecipadas, que são as ações que antecipam o mérito, ou seja aquelas antes mesmo de julgar o mérito da ação.

É mediante a tutela antecipada que Estado - Juiz assegura ao autor o seu direito pleiteado na inicial sem que tenha havido a análise do mérito da causa, conforme doutrina (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS. 2011, p. 94):

(...) já que, a princípio, só poderia fazer valer o seu direito ao executá-lo após o trânsito em julgado da decisão que o concede, ou ainda que provisoriamente quando pendente de recurso não dotado de efeito suspensivo, com base no descumprimento de sentença.

Desta feita, a tutela antecipada autoriza a efetividade do direito que está sendo pleiteado, antecipando a ocasião da concessão para antes da prolação da sentença.

Por ser a alienação parental uma questão de alto interesse e de ordem pública e por estarem envolvidos direitos fundamentais e dos menores, em consonância do o artigo 6º da Lei nº 12.318/2010, o juiz poderá exercer seu poder de julgar liminarmente, pontuando na sentença os limites do alienador.

2.6.1.3 Pedidos

Em face do princípio da economia processual é viável solicitar via um único processo a cumulação de pedidos.

É viável salientar o que destaca Figueiredo e Alexandridis (2011, p.95):

Além da busca pela garantia do direito convivencial, próprio da restrição promovida pela alienação parental, diante do nexo de causalidade existente é possível à cumulação do pedido de fixação de indenização por danos morais sofridos.

O artigo 292 do Código de Processo Civil relata a cumulação simples, onde em face do mesmo réu o autor formula dois ou mais pedidos somados pretendendo obter êxito em todos.

De acordo com a doutrina de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2010, p.95) ratifica o pensamento sobre a cumulação de pedidos afirmando:

(...) para que a cumulação seja simples, é preciso que os pedidos sejam interdependentes e que o resultado de um não depende do outro, será possível, portanto, que o autor obtenha êxito em um, mas não nos outros, caso em que haverá procedência parcial da demanda.

Nesta senda Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 81):

Ela é simples quando se trata de pura e mera adição de pedidos, formulados concomitantemente pelo autor visando a que todos eles, simultaneamente, possam ser acolhidos; os pedidos, a bem da verdade, têm sentido prático independente do outro.

Vê-se que é perfeitamente possível a cumulação de pedidos em uma ação de alienação parental com o pedido de dano moral, em consonância com o previsto no artigo 292 do Código de Processo Civil, e com a doutrina de de Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 96) dar os seguintes apontamentos:

- a) Que os pedidos sejam compatíveis entre si, tendo em vista que as medidas e sanções como pedido de reconhecimento para a cessação da alienação parental não afasta o pedido referente aos danos já sofridos.
- b) Que seja competente para conhecer dele o mesmo juízo, decorrente do nexos de causalidade entre a alienação parental e o dano moral declarado.
- c) Que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento, sendo a demanda ocorrido pelo rito ordinário, à possibilidade de cumulação de pedidos é possível.

Resta evidente que no que concerne aos pedidos, de ação de alienação parental, autônoma ou incidental, percebe-se a admissibilidade de pedidos cumulados, sendo recorrente a cumulação com o pedido de indenização por danos morais em face dos inúmeros danos decorrentes da alienação.

3. FALSAS DENÚNCIAS E O ABUSO SEXUAL

3.1. A vítima das falsas denúncias

Surge em face da alienação parental, um fenômeno chamado de falsas denúncias, que nada mais é do que a construção de um fato inverídico na mente da criança como se fosse uma verdade absoluta, é o que a doutrinadora Mônica Guazzelli chama de “lavagem cerebral”.

Tal construção, em que pese, seja falsa, fruto da mente doentia do genitor alienador, desenvolve como se verdade fosse, ao passo em que repete, exaustivamente, para a criança a mentira que quer imputar ao outro genitor, tornando-a uma verdade absoluta.

Utiliza-se o alienador dos meios mais sórdidos para alcançar seu objetivo maior, o de atingir o ex-cônjuge, buscando um fenômeno chamado de morte natural do pai ou da mãe. Demonstra a doutrina que o rompimento do laço conjugal perturba de tal modo o genitor alienador, que o mesmo passa a utilizar o filho como ferramenta para atingir, ferir, o outro.

Explanam os doutrinadores deste tema, vários casos no sentido de um rompimento abrupto de pais e filhos, tendo inclusive participação de terceiros nesta seara, a exemplo de psicólogos, que sem cautela, no tratamento ao filho de pais separados, não ouvem os dois lados, ou não buscam a resolução ampla dos fatos. Atêm-se tão somente aquele genitor que o contrata.

Essa participação de terceiros, como psicólogos, diretores de escola, professores e todos os demais profissionais envolvidos no dia –a –dia da criança, passam de certa forma a atuarem, em dado momento, como “advogados” do genitor alienador. Ao passo em que são solicitados sempre por este e veem o outro progenitor ausente do cotidiano do filho, prejudgando-o em absoluto. Se o intuito destes profissionais é a proteção da criança, é a busca do significado, por exemplo, do baixo rendimento escolar, se buscam respostas, evidentemente, os pais deveriam ser ouvidos e não apenas um dos progenitores.

Resta evidente, com tal postura, que o progenitor alienado sofrerá críticas em face de sua postura de aparente afastamento, pois parecerá uma situação de desprezo do genitor alienado, onde na verdade o mesmo é tolhido do seu direito ao exercício pleno do poder familiar. Como exercê-lo sem a possibilidade de contato com o filho? A percepção da sociedade é a de ausência, ingratidão, maldade, cuja realidade é o desapego construído pelo progenitor que detêm a guarda da criança, esta agente atuante da personificação da alienação e também vítima da mesma.

A evolução das memórias falsas na mente da criança, tem uma sequência que alcança, inclusive, as falsas memórias sexuais, Guazzelli relata que a simples ação de dar banho no filho ou filha, é utilizado pelo outro genitor para implantar a falsa memória na criança, esta por ser bastante sugestionável começa a repetir tão somente o que o genitor sugestiona. Este elemento de repetição faz com que aquilo que era uma mentira, torne-se uma verdade, pelo menos para o genitor alienador, a criança e aqueles que a escutam.

Crianças são absolutamente sugestionáveis, e o guardião que tem essa noção pode usar o filho, implantar essas falsas memórias e criar uma situação da qual nunca mais se conseguirá absoluta convicção em sentido contrário. (GUAZZELLI,p.45,2010)

Esse fenômeno de construção equivocada leva a danos gravíssimos ao desenvolvimento da criança, ao passo em que a mesma não conseguirá discernir o que de fato lhe ocorreu, a sua própria mente, em dado momento, não diferenciará o que de fato ocorreu ou aquilo que foi falsamente construído via repetição.

A doutrinadora, Lenita Duarte, em seu artigo: Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora?, relata, um caso denominado por ela de “menina apavorada”, cujo enredo direciona para uma criança de nove anos que tinha um relacionamento bastante afetivo com o seu pai, e que com o rompimento do laço conjugal entre os pais, passou a ser mentalmente coagida a não gostar mais do mesmo.

Neste caso, a criança desenvolveu verdadeiro pavor para com o pai, de modo que qualquer contato, fosse telefônico ou presencial, a apavorava. Utilizando-se a mãe de estratégias que afastassem, cada vez mais, o pai, como forma de puni-lo com a separação, socorreu-se, a mãe, de psicólogos, estes não tiveram a cautela de ouvi-lo, e expediram laudos que comprovavam o pavor da criança por este.

Em face desta documentação, conseguiu uma decisão judicial que autorizava a visitação do pai apenas de quinze e quinze dias e sob os cuidados de um responsável. Percebe-se o tamanho do problema gerado para a criança, em face desta ruptura repentina daquele ente querido que a mesma tanto amava, aliado a uma construção falsa de que a ausência do pai era tão somente por desamor seu. Imputando, ainda, um sentimento de medo e revolta na criança. O que a tornava, paulatinamente, mais apavorada.

Após grande luta jurídica, conseguiu o pai provar que tanto os laudos psicológicos, tanto a conduta da mãe, e o reflexo desta na atitude da filha, eram frutos da alienação parental, conseguiu, então a reversão da situação da guarda e a oportunidade de vê a filha com mais frequência, podendo, inclusive, participar ativamente da sua educação.

O ápice da configuração das falsas memórias, conforme já suscitado, tem sua forma nas afirmações de abuso sexual. Resta necessário a análise de que aquele que um dia sofre tal acusação jamais voltará ao status anterior a acusação, porque socialmente sua imagem foi maculada: a família, os amigos, os colegas de trabalho, todo o seu ciclo social, para estes sempre haverá uma dúvida jogada a responsabilidade do genitor alienado por uma falsa denúncia.

Como entender, separar, ou vislumbrar uma evolução legislativa, sem direcionar que esta falsa denúncia deverá ser punida na esfera criminal. Aplica-se ao genitor alienador, perfeitamente, qualquer dos institutos previstos na Lei nº 9099/95, no que concerne a transação penal ou a composição de danos civis. Amarrando, juridicamente, tal conduta através de uma sentença homologatória, que caso for descumprida, retorna-se a ação penal a seu curso.

Evidentemente, que melhor seria equiparar os casos de alienação parental, sempre que configurada a falsa denúncia, a uma ação civil ex delicto, cuja ação além de ser punida na esfera penal, subsistirá uma ação civil para a reparação dos danos advindos da referida alienação. O sistema utilizado seria o separatista, o que já é utilizado nas demais ações civis ex delicto, onde entrar com a ação tanto no cível como no penal, suspendendo a ação de reparação de danos até que seja julgada a ação penal, pois sem a materialidade do delito e a existência de autoria, não restará configurada o dano na esfera competente.

Inúmeros casos, que hoje, permeiam o nosso judiciário, pautam-se nas ações de denúncia de abuso sexual, e a grande problemática que ocorre nesta seara é que ao subsistir a ação nestes termos, o juiz, liminarmente, tem que afastar

o genitor acusado do filho, antes de que se analise o mérito da demanda. Causando, a este genitor alienado um dano irreparável.

Desta feita, em face de uma ação criminal neste sentido, a obrigação do juízo é preservar a integridade física e psíquica da criança, tornando-se necessário o afastamento desta do seu agressor ou do seu aparente agressor. Neste momento, ocorrer o rompimento do vínculo presencial entre um genitor acusado e o filho, preliminarmente.

A saída proposta, hoje, pelo judiciário, em face dessa decisão liminar, em que pese, busque a prevenção de delitos, pode tão somente está corroborando com a conduta do alienador parental, que em face de sua falsa acusação vê o filho afastado do genitor alienado. Levando-o a uma sensação, mesmo que temporária, de vitória. Haja vista, que por decisão judicial o seu intuito precípua de separar genitor e filho ser faz configurada, ainda mais, sob a tutela protetiva do Estado.

O genitor acusado sofrerá não apenas as duras penas de uma decisão restritiva, que o penalizará com a distancia do seu filho, além de macular socialmente sua imagem. Está sob o prisma da referida acusação, jamais se restabelecerá a origem.

No artigo de Guazzelli de título: a falsa denúncia de abuso sexual, na sua pesquisa ela apresenta um quadro exemplificativo de quando é abuso sexual e de quando é a síndrome de alienação parental. Este quadro foi desenvolvido pela Asociación de Padres Alejados de sus Hijos em Buenos Aires. Apresenta este que quando for abuso sexual o filho lembrará do que ocorreu sem nenhuma ajuda externa, assim como as informações que transmite têm credibilidade, com maior quantidade e qualidade de detalhes. Quando se tratar da síndrome de alienação parental, expõe o mesmo quadro que o filho programado não viveu o que seu progenitor denuncia, logo é preciso se recordar para então falar, e as informações que transmite têm menor credibilidade, carecem de detalhes e inclusive são contraditórias entre os irmãos. Denotando, assim que foram sugestionadas aqueles fatos relatados.

É necessário uma participação mais contundente, desde o legislativo até sua aplicação no judiciário. Os juízes, promotores de justiça, os advogados, serventuários, e os profissionais multidisciplinares que compõem uma ação deste porte, deveram está preparados para atuarem em consonância com a gravidade da demanda.

Não é admissível a postura de calma atualmente adotada pelo judiciário que vai tornando criminoso o genitor que deseja amar e exercer o poder familiar da melhor e mais completa forma possível em detrimento de uma mente doentia, que perturbará a criança que está sob sua tutela.

Faz-se urgente que o juízo cível amplie o entendimento no que concerne a guarda, que em sua maioria dão a mãe, e desprivilegia, muitas vezes, um pai, muito mais presente na criação dos filhos que esta. É preciso a evolução da conceituação da família monoparental, estendendo esta possibilidade a criação dos filhos por aquele que resgatar diariamente o melhor interesse do menor, e não fazendo um privilegio apenas pelo gênero, mulher ou homem, mãe ou pai.

A busca deve ser pelo que melhor cria, pelo que resguarda o desenvolvimento emocional, físico e social do seu filho. Que não confunde o rompimento do laço conjugal, com a relação entre pais e filhos. A preservação, a dignidade e a harmonia do lar devem ser sopesados numa ação de guarda. E, reforça-se, está distante de se alcançar uma boa sentença nesta seara, olhando-se apenas para o gênero daquele deterá a guarda.

A ideia central, na construção de uma sentença que atinja efetividade no seu pleito, que é o de proteger a criança, é a de analisar, globalmente, o caso

concreto, pontuando o que de fato atenderá ao princípio do bem estar do menor, que é a busca maior pelo seu desenvolvimento físico, psíquico e social em face da sua realidade sócio-econômica.

Apresentam-se nos Tribunais, conforme já supracitado em capítulos anteriores, que em sede de recurso de apelação, tenta o genitor alienado reverter os critérios de guarda, erroneamente, preestabelecidos, pautados em decisões, jurisprudências e outros meios legais, mas, que não atentam para a evolução, e para o grande malefício social que a alienação parental reflete. Não atentam para o resultado de uma criança que crescerá sob forte pressão mental, cuidado por uma pessoa de mente doentia, que seu único intuito é separá-lo do ente querido que ele ama, com o condão tão somente de vingança.

Então, os Tribunais, efetivamente, devem adotar uma conduta mais vanguardista, até mesmo para servirem, seus acórdãos, de meios de fundamentação de sentença atualizados. Vislumbrando, o problema da forma como socialmente ele vem se apresentando, esta deve ser a incessante busca.

Em contrapartida, na mesma conjuntura do que foi exposto, existe também o criminoso que se aproveita do fato da alienação parental e nas ações legítimas que responde a algum delito no sentido de abuso sexual, reconvém processualmente e alega que a denúncia nada mais é do que fruto da alienação parental. A indagação que surge é como diferenciar o alienador do criminoso sexual?

É um tênue liame entre a realidade fática e a falsa acusação de abuso sexual. As relações incestuosas são historicamente existentes. Evidentemente, que na nossa sociedade este tipo de relação é absolutamente condenável, em face da cultura cristã que prevalece em nosso meio. A confusão entre os sentimentos de pai e amante ou de mãe e amante salta aos nossos olhos como um absurdo sem precedentes.

Ocorre que nas populações mais carentes, sem uma estrutura familiar solidificada, e com um patriarcalismo que exacerba sua real função, ou altera o limite entre o aceitável e o rechaçado, os casos de incesto são comumente vislumbrados.

Recentemente, em sede de Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, uma filha que foi mandante do crime de homicídio do seu pai, com quem tinha cinco filhos, foi absolvida com base no clamor social, de que os abusos sexuais que a mesma passou a vida sofrendo, teriam um reflexo negativo muito maior do que a mesma ter se tornado uma homicida. Neste sentido, absolveu o conselho de sentença a ré que mandou matar seu pai por entender que o crime cometido pelo pai era bem mais grave que o que a mesma por vingança cometeu.

Não é de se espantar com tal decisão advinda do tribunal do júri, até mesmo na literatura de Eça de Queirós, especificamente, no livro O Primo Basílio, existe toda uma conjuntura punitiva interiorizada dos personagens que eram irmão e se relacionaram amorosamente, embora os mesmos desconhecessem este vínculo, sentiram-se sujos ao descobrirem-se irmãos, embora, internamente, não se reconheceram como tal.

A literatura apenas floreira o que de fato acontece em algumas famílias. A confusão emocional causada pela explosão desenfreada de sentimentos, leva, muitas vezes, a uma configuração de uma relação incestuosa, na maioria dos casos de pai para filhos. Não há de se espantar que a alegação de defesa da condenada Suzane Von Richthofen colocava o crime a cargo dos inúmeros abusos sexuais que a mesma sofreu de seu pai, evidentemente, matéria de sua defesa no Tribunal Popular.

A discussão é longa, permeia, certamente, a maioria das defesas em sede de tribunal do júri, onde há o retrato da configuração da vingança por anos de

abusos sofridos pelos filhos, que naquele âmbito, é apenas um frio criminoso. Mas, o questionamento fica a cargo de que é socialmente aceitável a “faxina social” daqueles que abusam de seus filhos? Sob a ótica do direito penal e até constitucional, onde é vedado fazer justiça por conta própria, assim como, exercer tribunal de exceção, deveriam mesmo que abusados, mesmo que vítimas, os criminosos sofrerem a condenação nos termos da lei penal.

Ocorre que neste mesmo patamar assustador, adentra aos tribunais de justiça, uma demanda relativamente grande de acusações de abuso sexual, que muitas vezes são corretamente tipificadas de estupro de vulnerável, pedofilia, dentre outros abusos nessa seara sexual, que pontuará com um delito específico.

Se o desenvolvimento da alienação parental leva aos tribunais uma demanda falsamente plantada de abuso sexual, compelir o abuso, verdadeiramente, comprovado, deve ser primordialmente levado a julgamento. A ordem de perícias que atestem a configuração de alguma macula corporal, alguma marca ou indicio de eventual abuso deverá ser levado aos autos, como meio precípua para a condenação.

3.2. O criminoso : o abusador sexual

Não obstante, a esta realidade, existe também os abusos que só no decorrer dos anos, e das repetidas vezes em que se resta configurada, é que são descobertos, nestes casos, aplicação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de ouvir a criança abusada, sem levá-la a uma situação de constrangimento, face o momento de sua oitiva em juízo, é algo a ser copiado e aplicado a nível nacional, pois poupa a criança de rever seu agressor e ainda permite que a mesma relate os abusos sem o dissabor de sentir-se em audiência.

Desta forma, um psicólogo ou um assistente social, ouve em sala isolada, o menor vítima de abuso, e refaz da melhor forma possível as perguntas que o juiz faz da sala de audiência para elucidar o delito.

Absorve o juízo o que de fato ocorreu com aquela criança, se são apenas palavras plantadas fruto de um processo de alienação, ou se, efetivamente, ela sofreu abusos sexuais.

É relevante a discussão, inclusive, do abusos que não são necessariamente corporal, mas mentais, que atingem de forma nociva a criança, prejudicando-a em seu desenvolvimento, vilipendiando seu processo normal de crescimento enquanto pessoa.

Vislumbra-se nesta dicotomia entre ser ou não ser abuso uma situação de extrema delicadeza. A lei da alienação parental, defende em seus artigos a presença de uma junta multidisciplinar para avaliar o que de fato está ocorrendo, inclusive, sugerir ao juízo qual a melhor conduta para que seja atingido o menor prejuízo ao menor.

Volta-se ao ponto de origem, no que concerne ao lapso temporal para o levantamento por parte desta junta multidisciplinar de um laudo indicativo dos fatos. E a criança? E o pai que está sob esta grave acusação e temporariamente impedido de ter contato com o filho? Assim como, a indagação de como permitir que a criança continue em contato com aquele que o abusa sexualmente?

Não busca a doutrina polemizar a discussão, mas apontar possíveis saídas, o que de fato se depara são com decisões contraditórias e um judiciário despreparado para atuar com situações deste porte.

Se a busca é pelo bem estar pleno da criança, a solução mais plausível não é o rompimento abrupto do pai com o filho, ou da mãe com o filho, a busca deverá ser achada na própria criança. Facilmente, com um pouco mais de cautela,

percebe-se se aquela criança sofre ou não abuso. O corpo técnico que analisará este problema, têm que ter a capacidade para apontar se deve haver um rompimento repentino e temporário, ou se deve o juízo persistir neste contato entre os pais com seus filhos.

Inclusive, é perfeitamente possível, que com base em perícias psiquiátricas, assim como psicológicas, percebam, se está ocorrendo um maqueamento entre falsas memórias ou a denúncia real de um delito. Contudo, o juízo criminal não está preparado para a análise do caso sob a ótica civilista, assim como, a seara cível não direciona suas decisões a uma possível condenação criminal, em que pese as ações tenham o caráter dubio de civil e penal.

O que de fato deve-se ponderar, antes de mais nada, é que ao debruçarem-se sobre o estudo do instituto da alienação parental, a resposta positiva de sua ocorrência leva quase que absolutamente o indício de denúncias falsas, sobretudo na seara penalista. É a maneira mais rápida para o alienador de receber uma salvaguarda do Estado para manter seu ex-cônjuge e genitor afastado de seu filho.

Identificando a alienação parental, passará diretamente o alienador para o papel de criminoso, devendo sofrer as penas estabelecidas no código penal, que vão desde uma calúnia a um delito de denúncia caluniosa. Devendo sofrer, com todo o rigor da lei, as penas como uma forma de coibir o aumento desenfreado da alienação parental. Que constitui, hoje, um dos grandes males do século no que concerne ao vilipêndio das famílias e dos relacionamentos entre pais e filhos.

O reflexo da alienação é causador de uma população jovem, contudo sem um direcionamento específico para a vida, pois a perturbação mental, emocional, social e econômica causada pela alienação afeta a população como um todo, não ficando trancafiado nas paredes do lar doentio desta criança, mas saindo com esta por onde quer que ela ande, transmitindo, exatamente, aquilo que lhe é repassada.

4. CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL

4.1. O artigo 136-A do Código penal brasileiro, a tipificação do delito de alienação parental

A alienação parental permeia a sociedade da mais brutal consequência advinda de um rompimento do pacto conjugal. É utilizar-se de meios torpes para dificultar ou afastar o bem mais precioso do genitor alienado, o seu filho.

Os critérios indicativos da alienação parental são de expressão da mais completa crueldade, sobretudo no âmbito psíquico social, ou seja a perturbação via genitor alienador na criança é tamanha que decorre inúmeros distúrbios .

O fato é que alguns critérios, como, por exemplo, exercer castigos cruéis às crianças, embora descambe para a tipificação penal, assim como, para a perda do poder familiar, não se vislumbra esta realidade em face da alienação parental, que atinge igual e gravemente a criança e sua vida social.

Poder-se-ia querer colocar a cargo dos maus-tratos tipificado no artigo 136 do Código Penal o critério da alienação parental, mas os núcleos dos delitos, em que pese se aproximem, etimologicamente, do que deveria está tipificado na alienação parental, afasta-se na sua aplicabilidade.

Quando se remete ao núcleo do tipo penal, “expor” a perigo de vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Entende-se a priori que entraria, possivelmente, a alienação parental, por via de consequência, a punibilidade penal. Contudo, necessário se faz um tipo penal específico para a questão.

A repercussão da alienação parental ultrapassa o limite civilista, descambando necessariamente para uma punição penal específica. Verifica-se que a lacuna penalista é extremamente favorável ao cometimento desta agressão. Tem-se penalmente a punição pela agressão física, seja a lesão corporal ou até mesmo os maus tratos, já agressão psíquica, necessariamente precisa o Estado coibir de igual modo.

O entendimento deve privilegiar um tipo penal na seguinte estrutura legislativa, artigo 136 – A (crime de alienação parental) , depois do crime de maus tratos, com a seguinte dicção:

Art.316-A : Alienar criança ou adolescente com o intuito de perturbar psíquica e emocionalmente, afastando do convívio com o genitor alienado e prejudicando seu desenvolvimento normal.

Pena: detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único: Aquele que colaborar, direta ou indiretamente, com o alienador, respondera pelo mesmo delito.

Deste modo, penalmente tipificada a alienação parental, de forma simples, mas que englobaria todos os casos de alienação por ter como núcleo o verbo “alienar”, favorecendo a inclusão de qualquer dos casos de alienação parental. Nesta seara a tipificação ampliativa favorece a sua punibilidade.

É bem verdade, que na promulgação da Lei de Alienação parental, apresenta dois vetos do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o do artigo nove e o do artigo dez. O artigo 10 se remetia a prisão do genitor alienador, e os motivos do veto cercam-se do critério prejudicial à criança. Rechaça-se penalmente essa ideia.

Percebam que se o critério civilista tenta buscar uma investigação multidisciplinar que motiva, e, por conseguinte, ajuda na decisão judicial, aplica-se no laudo o quanto será prejudicial à criança os reflexos da alienação.

De fato o que deverá ser levado em conta não é apenas o reflexo negativo da prisão do alienador para a vítima, a criança, mas sim o reflexo seria ao alienador ao saber que sua conduta é punível na esfera penal. Qual a punição no cível? Indenização evita o delito?

Em absoluto, a sociedade não teme as decisões cíveis, em contrapartida são temerosas às sanções penais. Certamente, uma indenização que só poderá ser arbitrada de acordo com a condição econômica de quem cometeu, tem menos eficácia que uma sanção restritiva de liberdade.

A análise crítica das razões do veto, afastou-se e muito do real interesse do menor. Antes de coibir a prisão para que não afete a criança deve-se coibir a prática da alienação parental, esta deve ser refletida através de uma possibilidade de condenação penal via configuração do então delito da alienação parental.

Percebe-se que para o senso comum, a evolução comportamental pauta-se bastante nas ações efetivas do Estado, seja através de um projeto social, seja por imposição de leis. Resta claro, que a conduta simples e hoje corriqueira de usar cinto de segurança ao entrar no carro antes da aplicação da penalidade, não era, sequer, utilizado.

Assim, deverá ser pontuada a questão da alienação parental. A busca, certamente, é pelo bem estar da criança, a conduta na legislativa e, por conseguinte, jurídica deverá ser extremamente contundente, para o alcance do objetivo maior, que neste caso é garantir os direitos fundamentais de uma criança.

A punição para uma desenfreada conduta perturbadora, não será obstaculizada via indenização, ou mudança de guarda, mas sim via sentença condenatória. Qual o óbice para que se estabeleça o bem estar de uma criança via sentença condenatória?

Choca-se com a realidade da construção legislativa do país, contudo, a evolução de ótica é necessária para evitar condutas que desestabilizam uma sociedade. O fato é que uma criança que sofre o impacto diário de uma alienação parental, certamente, será um problema para esta sociedade.

Explica-se esta assertiva ao perceber quantos jovens jogam a conta dos seus problemas psíquicos e sociais, como justificativa ao insucesso pessoal, ou ao cometimento de delitos. É necessário um caráter mais eficaz para coibir a configuração da alienação parental.

Estabelece-se para a alienação parental um caráter basicamente civilista e coloca para a criança certa forma a responsabilidade de não arcar com a prisão do genitor alienador, contudo não o protegem com a punição penal deste que serviria com um caráter preventivo da alienação parental.

O raciocínio é simples, se for colocado no ordenamento jurídico o artigo 136-A no código penal brasileiro, como o delito de alienação parental, servirá este com um aspecto preventivo. Todavia, senão se pune penalmente o alienador, deixando a cargo tão somente do ordenamento civilista, certamente, este terá uma aplicabilidade consequente à alienação e não preventivo como a lei penalista.

Embora, a discussão seja simples, é bastante longa. A estrutura carcerária do Brasil não favorece a uma ressocialização, todavia é nesta senda que pontua o critério preventivo, neste caso, que a tipificação penal traria uma outra visão ao genitor alienador, uma reflexão de que não vale a pena cometer tal delito em face da postura do Estado para evitar que a alienação se configure.

A aplicação das leis nº 12.403/11 e nº 9.099/95 é perfeitamente cabível aos casos de alienação parental. Inclusive, com a inclusão deste novo tipo penal, dado o tempo de pena, se adequa a estas. Se a busca é pela preservação da criança, protegê-la de situações mais gravosas, atinge essas duas leis supracitadas este propósito. Inclusive, privilegiando o genitor alienador ao poupá-lo de se frequentador assíduo do sistema prisional.

Mas, é perfeitamente, cabível uma crítica as razões do veto do artigo 10 da lei de alienação parental, se nesta procura evitar um choque à criança convivente com o genitor alienador, que ao configurar a referida alienação deveria ser preso, clamando pelos princípios do bem estar do menor e da dignidade da pessoa humana, seria entendível até certo ponto, mas então qual o motivo de manter a prisão do inadimplente de pensão alimentícia? Certamente, o mesmo choque sofrerá a criança, não sendo pelas razões outrora sustentadas que haja ainda permissão estatal para esta prisão. Esta, contradições legislativas, engessam o direito, vilipendiando direitos indisponíveis.

O fato é que com a caracterização do novo tipo penal do artigo 136-A do CP, favoreceria a coibição quase que absoluta para aqueles que cometem a alienação parental, e que são eivados de um sentimento de impunidade, se desenfreando em suas condutas, permitindo a conquista negativa do seu pleito maior, vingando-se do outro progenitor.

5. A APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.403/11 NA ALIENAÇÃO PARENTAL

5.1. Apresentação dos fundamentos constitucionais da nova lei e no Direito Penal

Não obstante a realidade dos outros ramos do direito, o Direito Penal (DP) e o Direito Processual Penal (DPP) não se dissociam, principiologicamente, dos revelados no Direito Constitucional, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

O fundamento primordial que sustenta as teses de defesa e acusação perpassa pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Revela-se com a Lei n.12.403/2011 que o prestígio a este princípio ressalta quando torna a prisão preventiva como uma medida de exceção, privilegiando, assim, as medidas cautelares, expressas no art.282 do CPP em diante.

Convocar à análise do referido princípio constitucional, tecnicamente, não pode afastar a realidade dualística que permeia as ações penais. Percebe-se que não pode desprivilegiar a vítima em detrimento de uma regra de exceção que exalta medidas mais brandas que a prisão em si, reveladas através de um elenco do artigo supracitado da lei infraconstitucional. Nessa senda, se favorece, também, ao aumento dos delitos, pois o maior bem do ser humano é sua liberdade de ir e vir. O Estado quando punia, antecipadamente, com a prisão preventiva, buscava a premissa tão somente punitiva, que ao verem elencados os requisitos da referida prisão, a mesma deveria automaticamente ser deferida. Com a Lei n.12.403/11, o dever do Estado é apliquem-se medidas cautelares e excepcionalmente prisão preventiva pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

A grande indagação é: e a segurança jurídica em face da ineficiência estatal em recolher a presídios preventivamente os acusados por delitos, e, por conseguinte, a sua substituição por medidas cautelares? O problema começa, especificamente, a ser gerado sob essa ótica jurídica, porque a argumentação é exatamente essa, substitui a prisão preventiva pelas medidas cautelares, por privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana em consonância com o previsto no art.5º, LVII da Constituição Federal de 1988 que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Soa como um verdadeiro paradoxo a liberdade e a segurança. Como resguardar o direito de responder em liberdade com fulcro na dignidade humana e desconsiderar a segurança jurídica de uma ação mais enérgica do Estado, ao possibilitar punitivamente a figura do preso provisório. Não remete, sob hipótese alguma, a um

desacordo com os preceitos preestabelecidos historicamente. Cujas, figura maior do Estado seria seu soberano poder em cercear a liberdade daqueles que cometessem falta grave.

É bem certo que a previsão das medidas cautelares precisam ser profundamente discutidas, pois a análise seca do princípio maior (dignidade da pessoa humana) deve ser observado sob todos os ângulos. Sabe-se que o Estado Democrático de Direito enaltece a presunção de inocência. Todavia, não se julga condenado o preso provisório, muito pelo contrário, seu status só modificará, evidentemente, após a sentença condenatória transitada em julgado, razão está, que não fundamenta a prisão preventiva como exceção por entenderem que a mesma fere os princípios em discussão, tão somente por macular temporariamente a liberdade do acusado.

Em que pese a larga demanda judicial, e as fases intrínsecas ao processo penal, quais sejam: investigação (inquérito policial), denúncia (inicial acusatória), ação penal, culminando com a fase recursal, que pela doutrina majoritária revelam-se em primeira e segunda fase da persecução criminal. Mesmo assim, há delitos que pedem uma posição mais severa do Estado desde o cometimento do delito. Se na fase primeira fase da persecução criminal, figura-se o inquérito policial, que permeia toda a fase administrativa/ investigativa do delito, de lá certamente sairá um indiciado, este ao receber o predicado, certamente pelos meios de provas elencados, tem uma relação primordial com o cometimento do delito. Nesse aspecto, rechaçasse a possibilidade de fugir de uma prisão preventiva ameahando-se uma medida cautelar em substituição para privilegiar um status de liberdade, e, por conseguinte, da dignidade humana. Pois, o referido princípio a ser respaldada pelo Estado, nestes casos, deve ser a da vítima, primeira atingida pela ausência daquele em não garantir-lhe a segurança constitucionalmente prevista.

Ademais no que concerne a prisão preventiva, prisão em flagrante e liberdade provisória, a justiça se apresenta como uma loteria, o que de fato é motivo de repugnância jurídico-social. Loteria, pois com a Lei n.12403/11 favoreceu a exceção da prisão preventiva, além de estipular um controle de legalidade a prisão em flagrante, que deverá ser exercida pelo magistrado. Salienta-se que este deve fundamentar a sua decisão, seja para manter a prisão em flagrante seja para denegá-la. Clama-se tão certo pelo que prevê o art.5º, LXVI da CF/88 “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. No que concerne a discussão da liberdade provisória, com ou sem

fiança, após a Lei n.12.403/11 o instituto caiu muito mais em desuso no que se refere a fiança. Guilherme de Souza Nucci muito bem ilustra o instituto, quando exemplifica acerca do cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecente, previsto na Lei n. 11.343/2006, que relega ao delito a liberdade provisória sem fiança.

(...) se alguém for preso em flagrante por tráfico ilícito de drogas, seguindo-se a literalidade da lei ordinária, não pode obter liberdade provisória, com ou sem fiança. Deve aguardar preso o deslinde do processo-crime. Por outro lado, se a pessoa for investigada e, comprovando-se a materialidade e autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, terminar processada com base nessa imputação, poderá permanecer em liberdade até o final do trâmite processual, pois não é obrigatória a decretação da preventiva.(NUCCI, p.58, 2011)

Pela referida citação, resta clara a loteria que se instala no processo penal, se evidentemente, forem vislumbrados os requisitos de primariedade e negativa de antecedentes criminais, as duas possibilidades se instauram como reais para os criminosos. O fato de tornar a prisão preventiva uma exceção não a retira do ordenamento jurídico, mas tão somente institui condutas/ decisões paradoxais, ao passo que engessa a justiça criminal com medidas cautelares “padronizadas”. Não se pode confundir a previsão constitucional de individualização da pena (art.5º, XLVI CF/88) com a loteria das decisões. Se for necessário instituir condutas de liberdade, deve-se, também, direcionar julgamentos mais coerentes como um todo. Com a modificação legislativa em discussão, ocorre que estabelece um poder exacerbado a autoridade policial para que o mesmo possa estabelecer um quantum de fiança, baseando-se na condição social do acusado. Então, em um delito de trânsito, em que o acusado, primário e sem antecedentes conduzindo seu veículo em alta velocidade, ceifa a vida de um pedestre, mantém-se no local do acidente, é preso em flagrante delito, encaminhado a delegacia competente, paga fiança e livra-se solto. Na mesma direção de raciocínio um outro acusado, também primário e sem antecedentes, comete delito de trânsito, matando o pedestre (homicídio doloso), pois também imprimia velocidade exorbitante para o trajeto do acidente, fica no local do acidente, é preso em flagrante delito, é recolhido a delegacia competente, lhe é arbitrada um fiança, contudo o mesmo não a suporta economicamente, por mais ínfima que possa parecer a quem a estipulou. No segundo caso concreto narrado, o

acusado, continuará preso, esperando um possível habeas corpus, pois por via da fiança (caminho mais curto), resta o mesmo impossibilitado.

É inconteste que a senda do Direito Penal é a liberdade, por mais paradoxal que seja, a busca pela liberdade, pela política do estado mínimo, ressalta aos olhos da justiça criminal. Entretanto, é bem verdade, que não se pode privilegiar condutas antagônicas para casos assemelhados, ao passo que se defende uma política criminal uníssona e que favoreça a liberdade prevista constitucionalmente.

5.2.Disposições gerais sobre prisão e medidas cautelares.

5.2.1.Análise das modificações nas prisões cautelares do sistema de 1941 a 2011

A análise parte do pressuposto histórico, ao passo que será vertido o olhar para as circunstâncias da prisão cautelar, como era disposto em 1941 e como se apresenta agora a partir de 2011, com o advento da Lei n.12.403/11.

A prisão em flagrante no antigo processo penal tinha o condão meramente de indicativo de culpabilidade, ou seja, direcionava o entendimento a expressa presunção de culpabilidade, o que, por conseguinte, culminaria sempre na prisão cautelar, seja a prisão temporária, que não requereria elementos tão rígidos, seja a prisão preventiva que requereria o elenco/ cumprimento dos requisitos para a configuração da mesma. O antigo artigo 282 do CPP destacava: “ à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”. Desta feita, estendia a possibilidade de prisão além do flagrante, à pronúncia ou através de sentença penal condenatória, que por óbvio restaria configurada. De fato, a ótica apresentada pelo novo processo penal era, todavia, rechaçada pela antiga previsão.

O sistema de 1941 colocava as prisões em lugar de regra e não de exceção, afastando a possibilidade do olhar cautelar aplicado hoje no mesmo artigo 282 do CPP. É pertinente se explicar os tipos de prisões previstas no ordenamento jurídico trazendo a conceituação de Luiz Flavio Gomes: espécies de prisão: a prisão pode ser (a) penal (é a prisão decretada por juiz para fins penais, durante a fase preliminar de investigação ou durante a fase processual ou na sentença) ou (b) extrapenal. A prisão penal deve ser dividida em (a) prisão definitiva (que ocorre após o trânsito em julgado) e (b) prisão cautelar ou processual (que se dá antes do trânsito em julgado).

Dada conceituação, embora simplória, atinge o objetivo da sua real caracterização. Atinge, também, no período de vigência do antigo processo penal, que foi de setenta anos, diversas modificações legislativas que pontuaram, ou melhor, culminaram com as modificações sedimentadas no novo processo penal. É uma verdadeira evolução no que concerne as prisões cautelares, apresentando hoje apenas a possibilidade da prisão temporária e da preventiva, porque até a prisão em flagrante deve ser convertida nesta nos termos do art.310 do CPP. Além do mais, para a aplicação de ambas, é necessário que o juiz fundamente pormenorizadamente sua decisão. Fugindo, latentemente, da previsão do antigo processo penal de 1941, que previa um exercício antecipado do juízo de culpabilidade, imputando ao acusado a prisão cautelar como meio de vê-lo provisoriamente compelido a responder pela sua conduta criminosa.

Resta claro, que o Código de Processo Penal de 1941 não vislumbrava o processo cautelar. Hoje várias são as previsões para a aplicação destas medidas, substitutivas das prisões cautelares.

Inúmeras são as medidas cautelares alternativas colocadas, agora, à disposição do juiz (CPP, art.319). Elas contam com primazia sobre a prisão cautelar (sobre o encarceramento). A prisão cautelar deve ocupar sua posição de extrema ratio da ultima ratio, que é o direito penal (art. 282, §6º).

Em outras palavras: “a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar”. (GOMES)

Evidentemente, para a aplicação das medidas cautelares é necessário a análise das condições pessoais e sociais no qual está inserido o acusado, a previsão resta taxativa no art.282 do CPP, remetendo a aplicação das medidas cautelares sempre que necessário para a fase de investigação ou instrução criminal, buscando, desta forma, evitar as condutas infracionais penais.

Aplicar-se-á sempre que as circunstâncias de gravidade do crime, do fato e condições pessoais do indiciado (fase investigatória) ou acusado (instrução criminal). Salaria, o referido artigo, do novo processo penal, que as medidas cautelares tanto podem ser aplicadas isolada como cumulativamente. O grande destaque fica para o prazo de seu requerimento e as partes que podem solicitá-las.

Pelo exposto no §2º do art.282 do CPP, o juiz decretará as medidas cautelares já no curso da instrução criminal, afastando a possibilidade de sua solicitação ex officio na fase de investigativa em privilégio ao princípio da imparcialidade. Nessa fase, podem, igualmente, solicitar as referidas medidas

cautelares através de representação, a autoridade policial, ou através de requerimento, o Ministério Público.

Portanto, nos mesmos termos da prisão temporária, durante a investigação policial, o magistrado não pode decretar a medida cautelar de ofício; depende da autoridade policial ou do Ministério Público. Aliás, essa restrição merece aplauso; quanto menos o juiz atuar, de ofício, na fase policial, mais adequado para manter a sua imparcialidade. (Nucci, p.30, 2012)

Ainda no artigo 282 do novo processo penal em seu §5º defende-se que o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Arrematando por fim a possibilidade de uma preventiva em face da impossibilidade de aplicação de outra medida cautelar. Este rol de medidas cautelares, apresentam-se em destaque no novo artigo 319 do CPP.

São elas, dentro de uma ordem de graduação estabelecida segundo a intensidade das obrigações impostas ao acusado; comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; recolhimento domiciliar nos períodos noturnos e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória e fiança.

Destaca-se que estas medidas cautelares expressas no art.319 do CPP, devem ser aplicadas em consonância as previsões do art.282 do CPP. Este preceitua as generalidades, aquele as espécies.

A previsão no que concerne a efetuação da prisão que tinha no antigo artigo 283 a possibilidade de ser realizada em qualquer dia e qualquer hora, desde que respeitados os preceitos constitucionais da inviolabilidade do domicílio. Vê – se hoje a imposição de que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, que nos remetes as duas possibilidades de ordem: em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em decorrência de prisão temporária ou prisão preventiva. Devendo, também, serem respeitadas a inviolabilidade do domicílio, latente previsão constitucional.

As medidas cautelares, por representarem constrição à liberdade individual, não podem ser aplicadas a infrações penais que não possuam, em

abstrato, a cominação, isolada, cumulada ou alternativa, de pena privativa de liberdade. (Nucci, p.34, 2012)

Por óbvio afastará então da aplicabilidade das medidas cautelares a contravenções penais. Assim como as penas de multa.

5.2.2.Natureza instrumental das medidas cautelares

A busca primordial das medidas cautelares é tão somente a instrumentalização do processo penal, dando eficácia a justiça criminal. É bem verdade, que as referidas medidas não são penas, contudo buscam dá efetividade ao poder punitivo do Estado, mesmo que substituindo uma prisão cautelar imediata que cercearia a liberdade de ir e vir do indiciado ou do acusado. Logo, sua busca é pelo um sistema que favoreça ao melhor e mais eficaz desenvolvimento do processo penal.

O fato para a aplicabilidade das medidas cautelares sob a doutrina majoritária tem como base o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento de um fato punível), que ao ser vislumbrado pelo juízo deve motivar a aplicação da medida mais adequada ao caso concreto.

O requisito basilar (essencial, nuclear) para a decretação de qualquer medida cautelar no processo penal é *fumus commissi delicti*, ou seja, a fumaça do cometimento de um fato punível, que se exterioriza na prova da existência do crime (do fato punível) e indícios suficientes de autoria. Impõe que ele evidencie na sua decisão a existência do *fumus commissi delicti*.

O *periculum libertatis*, também, fundamenta a necessidade da aplicação das medidas cautelares, ao passo que, embora, a previsão do novo ordenamento processual penal, seja o de liberdade plena, o juiz ao verificar elementos que corroborem com a impunidade, ou seja, com o perigo da liberdade, deve aplicar a medida cautelar cabível, em busca da atualização punitiva, ou restritiva do Estado.

A busca excessiva deve ser para afastar a sensação de impunidade, que certamente motivaria o cometimento reiterado da conduta delitativa, favorecendo assim a incursão das medidas cautelares como um freio do Estado ao indiciado ou acusado. As medidas cautelares devem estar embasadas no suporte da adequabilidade e da necessidade de sua aplicação. Não podendo fugir deste binômio.

A execução provisória, no antigo processo penal, restava como regra absoluta, numa oscilação em que só era possível: prisão ou liberdade. Conforme, os posicionamentos jurisprudenciais não afastaria a possibilidade de afastar o princípio da presunção de inocência e aplicar a pena de prisão provisória, pois no próprio ordenamento não restava outra possibilidade, como a encontrada hoje nas medidas cautelares. Canelutti apregoava sua leitura sob atuação do juiz penal quando afirmava que “ muitos juízes não sabem processar sem castigar”. Simploriamente, remetia a antiga instrumentalidade do processo penal, com o fulcro específico de antecipar via prisão cautelar a punibilidade do agente.

O que de fato deve-se vislumbrar é que a aplicação das medidas cautelares, sob a ótica do direito processual geral, não é propriamente um processo cautelar como ocorre no processo civil, por exemplo, pois o instituto processual penal não dispõe desde 1941 e no atual essa previsão de processo cautelar. Visualizando, então na figura da autoridade policial e no Ministério Público a incumbência de requerer e representar as medidas cautelares.

Volta-se a discussão da necessidade e adequação da medida, conforme expresso no art.282 do CPP, Pacceli arremata: “ necessidade e adequação, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal” (p.498).

5.2.3.Análise das medidas cautelares do artigo 319 do CPP

O inciso I do art.319 do CPP, que se refere ao comparecimento espontâneo e periódico em juízo, com o condão de informar e justificar as suas atividades ao juiz. O referido inciso já tem conotação dada pela Lei n. 9.099/95 no que concerne a suspensão condicional do processo, que obriga o acusado que aceitou a suspensão a comparecer em juízo para informar e justificar suas atividades.

A grande indagação é : se o acusado residir fora da comarca que ele responde o processo? Deve o mesmo comparecer pessoalmente? Na verdade o que o acusado precisa fazer é prestar as informações e justificar sua conduta que poderá ser feita na sede do juízo onde ele reside, de modo que o juiz que receber as referidas informações a repasse via precatória ou por qualquer meio idôneo, aceitável pelo juiz da sede do processo.

(...) ainda que o investigado ou acusado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação, será possível a

imposição do comparecimento periódico e obrigatório, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa.(Paceli,p.503, 2012).

Percebe-se que a intenção na aplicação e cumprimento da medida cautelar, tem o condão menos gravoso ao acusado, facilitando o seu cumprimento por meio daquele que responde o processo. Também, não se vislumbra com essa medida cautelar que ele comprove que trabalha ou não, até porque os esclarecimentos remetem-se apenas ao seu dia-a-dia, não sendo assim obrigatório sob a análise da medida cautelar que o mesmo tenha um labor para conquistá-la.

O inciso II do art.319 do CPP faz a previsão da medida cautelar no que concerne à proibição de acesso e frequência a certos lugares buscando evitar novas condutas delitivas, assim como, favorecer a instrução criminal. Levanta-se, entre alguns doutrinadores, a exemplo de Paceli, a possibilidade de aplicação desta medida em conjunto com o monitoramento eletrônico, o que resta a necessidade de uma análise mais aprofundada no que concerne a tornar mais gravoso ou não a aplicação/cumprimento da medida.

O fato é que ao compelir o acusado a proibir acesso e frequência a certos lugares, o monitoramento eletrônico talvez estendesse sua atuação a todos os lugares o que em princípio agravaria o cumprimento da medida cautelar.

O inciso III do art.319 do CPP reflete a terceira medida cautelar, remetendo-se, especificamente, a coibir o contato com pessoa determinada, visando proteger a vítima e aqueles que o cercam, de modo a prevenir reiteradas condutas delituosas em face destes pelo acusado.

Medida cautelar que, pura e simplesmente, se completa com a conduta negativa de não entrar em contato, restando evidente, que nada mais gravoso poderá ser aplicada a medida se o juízo aplicar apenas ela.

Medida que não nos parece inovadora, pois na Lei Maria da Penha já há este tipo de medida como medida protetiva aos direitos das mulheres em violência doméstica.

O inciso IV do art.319 do CPP refere-se a proibição expressa da ausência da Comarca para fins de conveniência da investigação criminal e da instrução criminal.

Esta soa como menos gravosa do que o previsto no inciso I do art.319 do CPP, haja vista, que a negativa de ausentar-se da Comarca ficará pouco fiscalizável e de difícil comprovação de descumprimento, a partir do momento que se tem uma legislação que favorece a não feitura de provas contra si.

Desta forma, se porventura, o acusado ausente-se da comarca, o mesmo não será obrigatoriamente compelido a fazer um exame datiloscópico ou fotográfico (Lei n 10.054/00) para corroborar prova contra si. Sob a análise das demais supracitadas medidas, esta se apresenta como a mais inútil à contribuição da investigação ou instrução criminal.

A quinta modalidade cautelar, expressa no inciso V do art.319 do CPP invoca o recolhimento domiciliar noturno e os dias de folga. É primordial a informação de que recolhimento domiciliar é diferente de prisão domiciliar (art.318 do CPP), esta configura-se pautada sob determinadas condições e circunstâncias pessoais do agente.

Já o recolhimento domiciliar de forma mais ampla privilegia os acusados de uma forma geral desde que o juízo assim compreenda ser esta medida a melhor ao caso concreto.

Nada obsta que o recolhimento domiciliar noturno seja aplicado em consonância com o monitoramento eletrônico, forma esta que se apresenta ideal para coibir o seu descumprimento, e em face do princípio da segurança traria ao processo maior estabilidade.

Muitos doutrinadores a exemplo de Pacceli, divagam sobre a possibilidade de uma detração para estes períodos de cerceio a liberdade, já que equipara a medida cautelar a uma prisão provisória. Em que pese, a detração seja prerrogativa primordial da execução penal, resta, aqui, como uma análise forçosamente benéfica ao acusado, que já tem no próprio ordenamento das cautelares, seus benefícios.

O inciso VI do art.319 do CPP fundamenta-se na suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira. Evidentemente, se o condenado tiver qualquer função pública ou exercer cargos de natureza econômica e financeira deverá ser suspensa suas atividades, desde que seu delito tenha relação com o exercício de sua profissão, ou ainda, se através do destaque do cargo haja facilidade no cometimento do delito.

O inc. VII do art.319 do CPP, remete-se a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça,

quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, inaugura este dispositivo a necessidade cautelar de manter em internação ou inimputáveis ou semi-imputáveis.

De modo que com essa medida cumpre-se o que deseja o juízo, o afastamento para tratamento daqueles que não podem sofrer prisão comum nem especial, ao passo que só lhe restam as medidas de segurança.

Já o inc.VIII do art. 319 do CPP, prevê a fiança nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Nas discussões supracitadas, abarca-se uma problemática no que concerne a aplicabilidade da fiança a alguns delitos, assim como, o poder dado ao delegado de polícia para atuar na liberação daquele que será investigado pelo delito, a medida que aplicação uma fiança, sendo vedada a possibilidade de aplicação desta se o delito não autorizar, podendo, mesmo assim, a critério da autoridade policial o mesmo pode livrar-se solto, esperando o julgamento em liberdade.

O inc.IX do art.319 do CPP, fala da monitoração eletrônica. Realmente uma conquista vanguardista, ao passo que retira do sistema prisional muitos criminosos, podendo fiscalizá-los em face da referida monitoração.

É bem verdade, que a muito a evoluir no que concerne a valores pagos por esta tecnologia, mas sua utilização se reflete extremamente positiva, por atingir a monitoração adequada para o preso. O grande questionamento é se ou utilizar a monitoração eletrônica de modo a ser esta uma medida cautelar a prisão, deve-se considerar este tempo uma prisão provisória? Existe a possibilidade de pleitear uma indenização por danos morais àqueles que tiveram durante certo lapso temporal a utilização da tornozeleira eletrônica e foi absolvido processualmente? Certamente, uma discussão que se antagonizará em suas fundamentações.

Há sim de considerar tal medida cautelar como uma prisão provisória, haja vista, que deve o monitorado seguir as regras preestabelecidas pelo juízo. A questão do dano moral é controvertido, pois a partir da utilização da monitoração evita-se um cerceamento total da liberdade do acusado, permitindo ao mesmo ter uma vida normal, trabalhar, sendo vedado a sua frequência a alguns lugares. Exatamente, neste compasso que surge para alguns a configuração do dano, por expor o acusado a utilização de, por exemplo, uma tornozeleira eletrônica, permitindo que a população o visualize como um delinquente.

5.3. A perfeita possibilidade de aplicação da Lei 12.403/11 na alienação parental

Em que pese todos os malefícios trazidos pela alienação parental para a criança que está sob a guarda de um genitor doentio, que busca usá-lo para atingir o outro genitor, por saber que este o ama, e diante de todas as discussões supracitadas, de imputação delituosa fruto inevitável da plantação de falsas memórias, que vilipendiam a imagem do genitor alienado e que minimizam sua importância na criação do filho, favorecendo a um fenômeno chamado de morte natural do genitor.

E por ser a prisão um instituto processual penal de exceção a partir da lei n. 12.403/11, que visualiza a prisão preventiva como exceção a regra que seria a aplicação das medidas cautelares, permitindo sua concretização apenas em face de sentença penal condenatória transitada em julgado, é perfeitamente aplicável a lei das medidas cautelares, pois a mesma coaduna-se com as razões do veto do artigo 10 da lei de alienação parental, cujo motivo é a busca para evitar a prisão.

Os critérios civilistas implantados para coibir a alienação parental não tem a efetividade necessária para coibir a configuração deste instituto, se o interesse maior do Estado é preservar a integridade física e psíquica do menor, tentar atingir este objetivo via ações civilistas que não afetaram individualmente o alienador, certamente, sua conduta se repetira.

Percebam o entendimento dado a este estudo, se o alienador consegue, afastar o filho do genitor alienado, consegue suggestionar memórias falsas, perturbando em absoluto a psique do menor, imputa, inclusive, falsamente delitos tais como, os abusos sexuais, vilipendiando pessoal e socialmente a imagem do outro genitor, certamente, apenas uma indenização por danos morais, estabelecida em conformidade com a capacidade econômica do genitor alienador não vai ser capaz de, sequer, minimizar suas ações alienadoras, e assaz prejudiciais.

O fato é que as ações criminais, tem socialmente, um efeito negativo bem maior do que qualquer ação de qualquer ordem, sendo assim uma ação temida pela a sociedade em geral. Desta feita, deve o alienador parental sofrer ações concomitantes, criminal e civil, devendo, sim, pagar duros preços destas ações. O delito deveria ser inclusive tipificado.

O veto do artigo 10 da Lei de alienação parental, traz a tona a discussão de qual o motivo de não permitir a prisão do alienador, afirmando nas razões do veto que esta seria assaz prejudicial a menor, por ter o laço afetivo rompido ou barrado em face do afastamento da prisão. Indaga-se, e o genitor alienado quando é forçosamente afastado do seu filho em face das crueldades advindas da alienação?

Será que o veto entra na mesma senda do que defende os direitos humanos, ao visitar e proteger aquele que comete o delito e deixa de preservar e olhar a família da vítima? Porque o entendimento prioritário deveria ser dado as crianças e ao seu bem estar, como assim, defende todos os institutos jurídicos de direito civil, e este veto, entra em descompasso com este princípio maior.

Faltou ao Legislativo, e, por conseguinte, ao Executivo em seu veto, uma análise global das leis penais e processuais penais, como o exemplo perfeitamente cabível e aplicável da lei n. 12.403/11 a alienação parental.

Se deseja afastar-se a prisão do genitor alienador para preservar sua imagem para o filho não favorecendo a um distanciamento advindo de uma prisão, tem –se a possibilidade de aplicação das medidas cautelares, pontuando evidentemente na necessidade e adequação da medida, pontuados no art.282 do CPP, e, conseqüentemente, a qualquer uma das medidas cautelares expostas no art.319 do CPP com dicção modificada pela referida lei.

É de se analisar qual o efeito para o alienador de receber uma sanção penal mesmo que cautelarmente de ser proibido de manter algumas condutas, frequentar alguns lugares, de não ser possível um acesso maior para vetar terminantemente suas condutas alienadoras.

Em uma conjuntura mais grave aplicar a medida cautelar de manter-se afastado a tantos metros de distancia da criança vítima e ferramenta da alienação.

A busca deve ser sempre para coibir a configuração da alienação parental, e a criminalização desta é extremamente necessária, afastaria, certamente, a sua existência recorrente nas famílias, cujo laço matrimonial fosse rompido.

Não é admissível, a postura, pacífica diante de tal problema. Este que rompe a barreira dos muros desta família e passa a frequentar a sociedade como um todo.

Entende-se que a aplicação da lei n. 12.403/11 é perfeitamente plausível, pois coloca a prisão preventiva que antes era regra, no nível de exceção.

Buscando, evitar que aquele que não tem a sentença penal condenatória transitada em julgada, que ter que adentrar a um sistema prisional falido que não atinge os princípios básicos estabelecidos na lei de execução penal, de modo que os próprios objetivos desta lei são totalmente rechaçados pela prática encontrada no sistema prisional como o mesmo se apresenta.

Então, obviamente, que qualquer das medidas cautelares estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro caberá a sua aplicação a qualquer dos casos de alienação parental, pois restringiria, absolutamente, os meios torpes utilizados pelo alienador, assim como, teria o genitor alienado uma segurança jurídica de que, ao vê-se inserido como vítima deste instituto jurídico, a possibilidade de socorre-se do judiciário, tendo seu pleito facilmente deferido, tendo em vista, o condão cautelar de tais medidas.

É necessário uma postura enérgica do Estado e a aplicação da Lei nº 12.403/11 a alienação parental, nem atingiria os motivos do veto do artigo 10 da referida lei, nem tão pouco deixaria a vítima da alienação sentindo-se abandonado pelo Estado.

Na prática, ao ser acusado falsamente de abuso sexual, por exemplo, teria o genitor alienador como reconvir nesta ação solicitando que antes de sofrer um afastamento abrupto do seu filho, que o genitor alienador sofresse as penas das medidas cautelares, já que esta postura se coadunaria com as razões do veto. Que seria, em síntese, o afastamento da prisão para não criar um trauma para a criança que convivia com o genitor alienador.

Propiciaria assim uma reflexão do alienador, ao passo que teria o temor de que se proferisse falsamente denúncias para o outro progenitor, poderia sair da mesma audiência com uma sanção a ser cumprida, e que mesmo sendo uma medida cautelar, ao responder a ação penal e ter ao final uma sentença penal transitada em julgado, seria preso.

Evidentemente, que dado processo deveria seguir um rito sumário, evitando que se prolongasse muito no tempo, como são os processos ordinários, por ter uma robusta instrumentalidade, de modo, a ter que cumprir rigorosamente as etapas processuais longas deste rito. Desta feita, alcançaríamos uma celeridade processual, facilitando, inclusive, a realização pericial de forma mais rápida, e para tanto, trazendo eficácia ao processo.

5.4. A possibilidade da transação penal em conformidade com o previsto na lei nº 9.099/95 na alienação parental

Reforça-se, ainda, a teoria de que seria perfeitamente aplicável aos casos de alienação parental os institutos processuais penais dispostos na Lei nº 9099/95, tais como: transação penal e a composição de danos civis.

Adequaria a escolha pelo rito, seja o sumário, aplicando a Lei nº 12.403/11, e, por conseguinte, o código de processo penal, para uma alienação mais grave, causadora de denúncias falsas e de fatos que maculassem pessoalmente o outro progenitor.

E a aplicação do procedimento de juizado especial criminal, para casos de alienação mais brandas, tais como: impedimento de contato com o filho, viagens sem comunicação, dentre outras condutas caracterizadoras da alienação, mas que não atingissem a moral social do progenitor.

Neste compasso, em face de uma alienação branda, o genitor vítima, se dirigiria a uma delegacia de polícia, ou ao Ministério Público, e noticiaria o crime de alienação parental. Neste momento, a autoridade policial deve, fazer um TCO (termo circunstancial de ocorrência), chamando o genitor alienador e expondo o motivo de sua presença ali.

Seguindo o rito, deve, ainda, propor uma composição de danos, sugerindo ao alienador que ele comprometa-se a não cometer tal delito ou a cessar sua conduta alienadora e prejudicial. O seu descumprimento, remete imediatamente o TCO para o Juizado Especial Criminal.

No Juizado Especial Criminal, deve o juiz conciliador, que é o primeiro a ter contato com o TCO, propor uma solução rápida a demanda, através de um acordo entre as partes, objetivo precípua da lei nº 9099/95.

Sendo infrutífera esta tentativa, segue-se para a fase da audiência de instrução e julgamento, presidida pelo juiz togado ou por um juiz leigo sob sua orientação. Neste momento, sugira, ainda, a possibilidade de evitar o julgamento, mediante uma transação penal.

A transação penal permite que, a ação não tenha uma sentença condenatória meritória, mas que antes de vislumbrar o mérito da ação proponha a parte ré que transacione, com a finalidade de acordar que durante o lapso temporal da transação não cometa novamente o delito que sofreu este processo. Ou seja, a

sentença será homologatória, porque soa como se fora um acordo, para alguns doutrinadores, a exemplo de Paccelli, seria a transação um acordo. A diferença é que ao transacionar penalmente, fica o agente impossibilitado de novamente usar este instituto pelo período de cinco anos.

É inegável que este instituto alcançaria a eficácia de coibir a conduta alienadora do genitor que detivesse a guarda do menor, pois este não gostaria de ter uma sentença criminal, obrigando a cumprir determinados preceitos estabelecidos na decisão, engessando qualquer possibilidade de manter este genitor em sua conduta vingativa da alienação parental. Além de que socialmente o mesmo teria sempre uma macula na sua moral, ou seja, para o senso comum, um criminoso.

Refletiria, evidentemente, no juízo cível, e se porventura o genitor vitimado desejasse pleitear a reversão de guarda, seja, trazendo –a de forma unilateral, seja de forma compartilhada, mas seria um bônus processual gigantesco. O que favoreceria de pronto uma análise mais apurada da realidade alienadora que presenciava genitor e filho.

Por óbvio que na esfera civilista, facilitaria as decisões em sede de direito de família, especificamente, as relacionadas a guarda do menor, haja vista que haveria a robustez jurídica de uma decisão criminal, seja através de uma acordo, leia-se, transação penal, seja em face de uma decisão condenatória, sendo esta inconteste no juízo cível.

De fato, tanto a lei nº 12403/11, quanto a lei nº 9099/95, favorece a sua aplicação e punibilidade da alienação parental. Não interferido nas razões do veto do artigo 10 e permitindo uma conduta enérgica e preventiva do Estado. Já que a busca é pela coibição da alienação parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aludida pesquisa objetivou o entendimento da necessidade da tipificação penal da alienação parental. Para tanto dispôs o trabalho em cinco capítulos, que didaticamente, estabelecidos, que tiveram o condão de, apresentar a questão familiar, discorrer acerca da alienação parental, sua lei e suas consequências, suscitando critérios da síndrome de alienação parental e finalmente, tipificando penalmente a alienação parental, como a expressão mais clara de coibição deste instituto, além de tipificá-lo no código penal brasileiro. Mediante a metodologia empregada alcançam-se todos os objetivos do trabalho, seja o geral, seja os objetivos específicos.

Perpassa-se pelos institutos basilares do direito de família, apontando uma evolução histórica, podendo, inclusive, este ser tema de uma outra dissertação, dada tamanha evolução. As conceituações demonstram que a família tem sua origem em conformidade com os preceitos cristão, tendo suas primeiras conceituações, totalmente, vinculada a visão da Igreja. Culmina, nas conceituações contemporâneas que apresenta a família a partir de uma relação de convívio, estendendo-se, inclusive, a configuração de famílias as uniões estáveis, colocando, nesta senda, também, as relações homoafetivas.

Sequencialmente, aborda-se o poder familiar, defendendo sua importância, apontando os direitos e deveres dos pais no exercício deste poder. Identificando, também, algumas vedações, que no contexto do trabalho foi chamado de limitações ao exercício do poder familiar.

É possível, em face do vilipêndio de obrigações ao exercício do poder familiar que ocorra a suspensão deste ou até mesmo sua extinção. Saliencia-se que naquela ao subsistir as suas razões também se findará a suspensão e retornará ao exercício pleno do poder familiar. No que concerne a sua extinção uma vez decidida judicialmente, não há o seu restabelecimento.

Desta feita, o direcionamento familiar tem sua base sustentada sob os pilares do exercício do poder familiar, servindo este como identificador e limitador

das relações familiares, este, pois diz até onde pode ser praticado as funções de pai e mãe, e aquele, porque preceitua como o deve ser exercido.

A análise do capítulo de apresentação do instituto de alienação parental, abrange toda a doutrina e direito positivado acerca da temática, com o intuito de demonstrar o que significa a referida alienação.

Precipualemente, surge a alienação em face de um sentimento negativo advindo de um genitor, ou de qualquer daqueles que convivam com o menor, com o condão de atingir o outro genitor. Se se está falando de família, e, principalmente, da relação entre pais e filhos, nada mais óbvio, de que para atingir um progenitor é alcançada na tentativa de macular esta relação.

Desta feita, passa o alienador a atuar, tão somente, com este intuito, existe uma análise, também, expressa na dissertação que demonstra que a alienação, se apresenta através de tentativas que não atingem a moral social do genitor, as citadas alienações brandas, em contrapartida, existe a configuração das falsas memórias e imputação falsa de delitos ao genitor alienado, consideradas como alienações graves, sendo estas a que, de fato, devem ser tipificadas.

Na análise da lei de alienação parental, explana-se, pormenorizadamente, cada artigo, e, a explicação das razões do veto do artigo 10. Discussão que se seguiu até o último capítulo, apresentando uma saída para tipificar penalmente o alienador.

Diante do tormento psíquico – social causado pela alienação, prejudicando o desenvolvimento saudável da criança, ao afastá-la de um ente querido do qual existia uma relação estreita e afetiva. Não percebe o alienador, que prejudica diretamente seu filho, fica completamente cego em seu intuito vingativo buscando, cada vez mais, afastar um dos genitores e o filho.

As falsas acusações têm destaque no trabalho, por agravar uma situação que antes era apenas de rompimento, em uma acusação de um delito sexual. É aproveitar-se da fragilidade infantil de ser sugestionável, implantando suposições

que socialmente são repudiadas, além de serem crimes previstos no ordenamento penal brasileiro.

A imagem deste genitor, para sempre, no âmbito social em que vive, será vilipendiada, jamais retrocedendo a origem, por haver prejulgamentos morais em face da população comum. Além disso, existe a presença negativa de laudos psicológicos, por exemplo, que por não atuarem em sua investigação de maneira ampla, procurando ouvir ambos os genitores, termina por favorecer a conduta do alienador parental, servindo, inclusive, como documento que valida sua ação enquanto tal.

É bem verdade, que no estudo da lei específica da alienação, defende-se uma análise, via junta multidisciplinar, para tentar expedir laudos, para entender e aprofundar a situação fática no qual estão inseridos os genitores e a criança, onde um destes é alienador e o outro vítima. Até mesmo para colocar cada um no patamar que lhe pertence, evitando erros, e, por conseguinte, injustiças. Sob esta ótica a junta multidisciplinar é fundamental neste processo.

Quando se desenvolve no texto a necessidade de tipificação penal da alienação parental, se percebe que a aplicação da lei nº 12.403/11, que sofreu bastante críticas quando foi promulgada, cabe perfeitamente em seus institutos de medidas cautelares aos casos de alienação parental, sobretudo quando a compara com os elementos positivados da lei específica da alienação. Corroborando, inclusive, com o veto do artigo 10.

Seria a aplicação da lei nº 12.403/11 uma saída legal para coibir penal e processualmente a alienação parental. Respeitando, os princípios fundamentais do bem estar do menor e da dignidade da pessoa humana, de todos os envolvidos e não, apenas, de um.

Identifica, também, a possibilidade de aplicação da lei nº9.099/95 em sua expressão tanto pela opção do rito, quanto como a possibilidade de transação penal em sede de Juizado Especial Criminal.

O intuito não é instrumentalizar, exacerbadamente, o rito para a ação penal que receberá os delitos de alienação parental, mas, favorecer uma análise

criminal e permitir ao alienador uma nova reflexão, ao perceber que o Estado, de fato, atua contra estas condutas.

Por fim, é pertinente informar que as ações de alienação parental sob a ótica criminalista, por se tratar de direitos fundamentais e de menor, tem sua natureza pública, sendo, então, uma ação penal pública incondicionada. Desta feita, ao ter o Estado conhecimento do delito deve atuar independente da vontade das partes, pois este direito tão somente lhe pertence.

A percepção que fica é a de que a interdisciplinaridade é, extremamente, benéfica, devendo o direito seguir neste contexto. Aplicando-se, concomitantemente, com a finalidade de resolver as demandas, que evoluirão no decorrer do tempo, do mesmo modo devendo ser, assim, sua aplicação.

A alienação parental, surge na base do direito de família, a própria família, todavia, precisa, terminantemente, ser compelida na seara criminal, com tipificação específica, repudiando e prevenindo o ataque às relações familiares e, por conseguinte, a tranquilidade social.

REFERÊNCIA

- ABREU, Juliana M. de. As consequências da alienação parental para as crianças. Fev. 2011. Disponível em: <<http://g5saju.blogspot.com.br/2011/02/as-consequencias-da-alienacao-parental.html>> Acesso em: 21 maio 2012.
- ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Alienação parental - São Paulo: Saraiva, 2011.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Síndrome de alienação parental. Palestra para Escola Superior da Magistratura. Curso de atualização para magistrados – direito civil. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.com.br/cam/sindromedealienacaoparental.pdf>> Acesso em: 14/06/2012
- BARUFI, Melissa Telles; NORA, Jamille Voltolini Dala. Alienação Parental – Contextualizando o Projeto de lei. 2010 < <http://jusvi.com/artigos/43990> > Acesso em: 17 maio 2010.
- BORGHI, Hélio. Considerações e reflexões acerca do tratamento dado ao poder familiar (antigo pátrio poder) pelo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9262. Acesso em: 08 maio 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até emenda 62/09. Vade Mecum acadêmico de direito. 9 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010
- _____. Código civil. 46. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995
- _____. Estatuto da criança e do adolescente. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 210p
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível: AC 778511-5. Apelação cível. Ação de destituição do poder familiar decretada a pedido do ministério público. Menores em estado de abandono e prática de atos contrários a moral e bons costumes. Presença dos requisitos ensejadores da providência extrema. Conjunto probatório que respalda plenamente essa decisão. Decisão mantida. Recurso desprovido. Relator. Des. Augusto Lopes Cortes. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20110122/apelacao-civel-ac-7785115-pr-0778511-5-tjpr/inteiro-teor>> Acesso em: 10 junho 2012.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: AC 515364 SC 2009.051536-4, de Blumenau , Relator: Denise Volpato, DJ, 29 jun. 2010, Primeira Câmara de Direito Civil. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17880575/apelacao-civel-ac-515364-sc-2009051536-4-tjsc/inteiro-teor>> Acesso em: 10 junho 2012.

- BRITO, Barbara Heliodora de Avellar Peralta. Agosto.2011. Disponível em: <<http://www.avellarperalta.com/site/docs/02.pdf>> Acessado em: 15 junho 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORREIA, Wilson. O que é isto, alienação parental? Jan. 2010. Disponível em : <<http://www.recantodasletras.com.br/mensagens/2020735>> Acesso em: 24 maio 2012.
- COSER, Jamile Origem da Alienação Parental. Maio 2011 Disponível em:< <http://psicoalienacaoparental.blogspot.com.br/2011/05/origem-da-alienacao-parental.html> > Acessado em: 10 abril 2012.
- CUNHA GONÇALVES, Luis da. Direito de família e direitos da sucessões. Lisboa; edição ática, 1955.
- CUNHA, Matheus Antonio da. Conceito de Família e Evolução Histórica. 2009. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>.> Acesso em: 15 maio 2012
- DIAS, Maria Berenice. (org) Incesto e alienação parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 5º volume : direito de família / Maria helena diniz. – 22. Ed. Ver. E atual. De acordo com a reforma do cpc.- São Paulo : Saraiva, 2007.
- DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.
- Duarte, Paulo: Alienação Parental. Disponível em: <http://www.gostodeler.com.br/materia/13501/alienacao_parental.html > . Acesso em: 16 abril 2012.
- FONSECA, Priscila M.P. Corrêa Da. Síndrome de alienação parental. Revista, Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 40, fev.- mar. 2007.
- GÓIS, Marília Mesquita de. Alienação Parental. Julho. 2010. Disponível em :<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>> Acesso em : 15 maio 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6; direito de família / Carlos Roberto Gonçalves.- 7. Ed. Ver. E atual.- São Paulo : saraiva 2010

GOMES, O. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.

GOUDARD, Bénédicte. A síndrome da alienação parental.(Tese de doutorado). Universidade Claude Bernard- Lyon1; 2008. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:MbF681vG9LgJ:www.sos-papai.org/documentos%255C0.%2520Doutorado%2520em%2520Medicina%2520%2520A%2520SNDROME%2520DE%2520ALIENAO%2520PARENTAL.pdf+goudard+e+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEESiLlpjZQxxXUvjtpnhOPlO2WrzLQkTHIJ7h81YeuQKkKizB8ZKA9f1x4HTHiLM4y_gB6eCbDktoY8Byjw6cU4K913xUZYYn1_sBavvSPqJVGtIeKXINUElqt3leBSXbvf61xK&sig=AHlEtbTTUSbBIB3nS9B8MPuMIzNK-XcQtA>

Acesso em: 15 junho 2012.

IVANIKE, Cláudia Regina. Franke. Poder Familiar. set. 2007. Disponível em: <<http://www.partes.com.br/cidadania/ninarocha/poderfamiliar.asp>> Acesso em: 08 maio 2012.

KLOSS, Carolina. Alienação parental traz graves consequências ao casal e às crianças. Agosto. 2010. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/donna/noticia/2010/08/alienacao-parental-traz-graves-consequencias-ao-casal-e-as-criancas-3023001.html>> Acesso em: 15 junho 2012

LEITE, Giselly Guida. A Medicalização da Família através da Síndrome da Alienação Parental Monografia. Curso de Psicologia. Faculdades Integradas Maria Thereza. Niterói, 2011. Disponível em <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/MonografiaGisele.pdf>>, acesso em: 14 jun 2012.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: direito de família e sucessões. 5.ed. reformada. São Paulo: Saraiva, 2009. V.5

MAGALHÃES, Pamela couto de. Alienação Parental. Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://clinicapsicologicamec.com.br/clinica/?p=1596>> Acessado em: 20 maio 2012.

PAULO. Beatrice Marinho .Alienação parental: identificação, tratamento e prevenção. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos>. Acesso em: 21 maio 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 16. Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2006.

PRADO, Danda. O que é família. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1988. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/direito-das-familias.dept>> Acesso em: 13 junho 2012.Revista brasileira de direito de família. A Alienação Parental e a reconstrução

dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam v. 8, n. 37. Ago./Set., 2006

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Novo curso de direito processual civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva 2010.

SANTOS. Rubens dos. Síndrome da alienação parental e a legislação brasileira. Agosto 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4638> Acesso em: 22 maio 2012.

SIQUEIRA, Alessandro Marques. O conceito de Família ao longo da história e a obrigação alimentar. 2010. Disponível em :<<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,o-conceito-de-familia-ao-longo-da-historia-e-a-obrigacao-alimentar,29079.html>> Acesso em: 10 maio 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil- constitucional das relações familiares. In: A nova família: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ULLMANN. Alexandra. Guarda compartilhada e poder familiar. Revista Jurídica. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advoogados-leis-jurisprudencia/55/artigo194278-3.asp>> Acesso em: 17 maio 2012

VILELA, Sandra. Alienação Parental. <<http://www.sandravilela.adv.br/?gclid=CL6v2Zmguq8CFUmR7QodXHschg>> Acessado em : 16 abril 2012