

**ALIENAÇÃO PARENTAL E A SUPRESSÃO LEGAL DO ARTIGO QUE
PREVIA A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA LEI 12.318/2010¹**

Rafaela Martins Russi²

Sumário: 1 Introdução. 2 Paralelos entre família, alienação parental e mediação. 2.1 Desdobramentos históricos. 2.2 Espécies de família. 3 Alienação parental. 3.1 Conceito. 3.2 Comentários gerais à Lei 12.318/2010. 3.3 Sanções ao guardião alienante. 4 Mediação. 4.1 Conceito e aspectos gerais do instituto. 4.2 Supressão da mediação nos casos de alienação parental. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a origem da família, da alienação parental e da mediação. Da mesma forma, analisa o conceito de alienação parental, quais são as partes envolvidas neste conflito, bem como as sanções previstas na legislação em desfavor daquele considerado como alienante. Ademais, examina aspectos procedimentais da mediação, o papel do mediador, e as vantagens e desvantagens da utilização deste instituto à luz da alienação parental, de modo a demonstrar a importância deste instituto nos casos em comento. Por fim, pondera os motivos pelos quais este meio alternativo de resolução de conflitos teve sua previsão junto ao projeto que deu origem a Lei nº 12.318/2010 vetada, tendo em vista princípios protetivos e a guarda como direito indisponível, realizando um contraponto baseado na doutrina sobre tal posicionamento. .

Palavras-chave: Família. Alienação Parental. Mediação. Procedimento Mediatório. Supressão. Lei nº 12.318/2010.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), aprovada com grau máximo pela banca examinadora, composta pela Profª. Me. Lúcia Isabel Junqueira Godoy d’Azevedo (orientadora), Prof. Dr. Antônio Guilherme Tanger Jardim e Profª. Me. Dra. Laís Machado Lucas.

² Acadêmica de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Contato: russi40@hotmail.com

1. Introdução

*O parentesco é imutável, independe de vontade ou aspiração para existir. A escolha de mantê-lo, por outro lado, é o que constrói a verdadeira afinidade, que por sua vez, torna o laço familiar forte*³.

De outra banda, é a alienação parental a responsável pela separação física e/ou emocional de um pai, *lato sensu*, do seu filho. Por meio dela o amor, as expectativas, os sonhos e as esperanças que surgem com o nascimento de uma criança transformam-se em preocupações, medo, desesperança e até mesmo ódio. A um pai é tolhido o direito de o ser. Uma criança é coibida de querer, esperar, respeitar e amar sua figura parental central, enquanto o terceiro, causador primordial da situação, igualmente sofre, infeliz, de uma maneira que apenas situações pesadas como estas são capazes de causar.

Da mesma forma, através de um óbice puramente jurídico, direitos fundamentais são transgredidos, previsões normativas protetivas ao menor e ao poder familiar são usurpadas e princípios básicos, que o legislador desde sempre pretendeu proteger, como a pureza de uma relação familiar saudável e construtiva, desaparecem.

A importância do tema deste artigo não se delimita ao âmbito jurídico, apesar da dificuldade de se encontrar obras que abordem a questão. Não se encerra em comandos normativos genéricos, muito menos se restringe a determinados grupos sociais. Pelo contrário. Afeta a comunidade como um todo, não apenas aqui e agora, mas também em sua fundação, sendo capaz de criar um círculo vicioso danoso extremamente destrutivo.

Afinal, é a restrição a um núcleo familiar saudável, organizadamente constituído e amplamente capaz de fornecer ao menor um ambiente de apoio, amor e compreensão em que ele possa desenvolver toda sua capacidade intelectual, social e emocional que cria adultos despreparados, narcisistas, egocentristas incapazes de funcionar de uma maneira voltada à vida em sociedade. Em síntese, somos o reflexo daquilo que nos é imposto na mais tenra idade, e um âmbito familiar doente nada mais é que o gatilho para uma formação pessoal e existencial incompleta, vazia em si mesma.

Em razão disto, a lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, que normatiza a alienação parental, chegou em boa hora. Entretanto, como veremos adiante, não há dúvidas

³ BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.45

que o veto à utilização da mediação como forma complementar de combate ao problema foi um retrocesso, tendo em vista sua ampla capacidade resolutive.

Neste sentido, a fim de situar o leitor nas questões em apreço, será analisado brevemente os paralelos históricos entre família, mediação e o contexto social que permitiu o surgimento da alienação parental, bem como as espécies de família recepcionadas pela sociedade brasileira e pela legislação pátria.

Posteriormente, será apresentado o conceito de alienação parental e suas características, além de examinada a lei nº 12.318/2010, especialmente quanto às sanções possíveis de serem impostas pelo jurisdicionado ao alienante.

Ao final, será demonstrada a importância da mediação familiar como forma alternativa ou auxiliar de combate à alienação parental e abordado quais seus objetivos, por que ela é um meio tão favorável de resolução de disputas, e quais as críticas doutrinárias permeiam a sua utilização.

2. Paralelos entre família, alienação parental e mediação.

2.1 Desdobramentos históricos

A concepção do conceito de família variou muito através dos séculos, mas não obstante isso, a importância e peso social que possui, embora adaptada às realidades e condições históricas de cada civilização, em essência permanece a mesma.

A história das nações ocidentais deixa claro que uma das mais importantes concepções de unidade familiar surgiu no direito romano. Nele, o casamento e a família dispunham de um objetivo comunitário patrimonialista, cujo dever cívico de fortalecimento da nação através da procriação, se traduzia na criação de exércitos⁴ e proliferação de descendentes que seguiriam com as tradições culturais e religiosas da época.

Neste sistema, a família não necessitava de amor ou afeto para se formar, nem tão pouco o parentesco lhe servia de base. Em verdade, ela tinha como fundamento o poder do pai ou marido, o pátrio poder, o *sui juris*. Para o historiador francês Fustel de Coulanges, tal condição foi propiciada pela religião, cujos rituais de nascimento, casamento e morte

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.33

eram responsáveis, *a priori*, pelos regramentos da convivência familiar e primordiais nas crenças daquela comunidade⁵.

Para Arnaldo Wald e Priscila da Fonseca, *a família era simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política ou jurisdicional*⁶ na medida em que o patrimônio era administrado pelo *pater*; a religião era proveniente dos antepassados de cada linhagem, fruto de uma crença doméstica; e a administração da justiça, no âmbito privado, ocorria dentro do próprio núcleo familiar. Deste modo, possuía o homem mais velho (*pater*) poder absoluto sobre a família, inclusive no direito a vida e liberdade destes, restando à mulher um papel secundário de pouca ou nenhuma importância.

Contudo, no advento do direito Canônico, que tomou forma na Idade Média após a invasão do Império Romano, o divórcio, antes permitido, passou a ser visto como o sacrilégio de uma união sacramentada e realizada por Deus: uma abominação, terminando por se tornar um instituto do qual apenas a Igreja poderia dispor, afastado da jurisdição do Estado.

Em razão disto, e dada à concretude vitalícia do casamento, a Igreja estabeleceu diversos impedimentos matrimoniais a fim de garantir a vontade dos nubentes, como a existência de coação, capacidade e do próprio consentimento, fatores que, posteriormente, foram sendo afastados (juntamente a indissolubilidade da união) pelas diversas Reformas religiosas na Europa.

Mas foi apenas com o Renascimento, e com a volta dos ideais ligados ao direito romano que o Estado assumiu, em caráter permanente, o poder de dispor sobre atos normativos referentes à família. Aliás, mesmo os países que mantiveram o catolicismo como religião oficial, foram obrigados a criar previsões normativas próprias, conforme asseveram Arnaldo Wald e Priscila da Fonseca⁷, fazendo com que, aos poucos, a competência do Clero, como autoridade máxima nestas questões, fosse absorvida pelo Estado.

No Brasil, foi à proclamação da República brasileira a responsável pela total desvinculação da Igreja e do Estado. A partir dela a competência exclusiva da União para reconhecer o casamento foi institucionalizada, devendo este ser realizado civilmente, nos

⁵ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: As Américas, 2006. *Passim*.

⁶ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila Corrêa da. **Direito de família**. v.5, São Paulo: Saraiva, 2009. p.11

⁷ *Ibidem*, p.18.

termos da lei, conforme disposto na declaração de direitos aferida no artigo 72, parágrafo 4º⁸, da Constituição republicana de 1891.

Mais tarde, o Código Civil de 1916, por reflexos do direito canônico, fez com que o homem assumisse o papel de chefe de família se utilizando de um posicionamento patriarcal. Ademais, o núcleo familiar se constituía em razão de um caráter mais patrimonial do que afetivo e mesmo a procriação dos filhos tinha como objetivo resguardar bens adquiridos na constância da vida dos pais, que por sua vez visavam garantir seu legado através da sucessão.

Para isso, contudo, o texto normativo reconhecia como entidade familiar apenas aquela fundamentada pelo casamento, sendo extremamente preconceituosa a visão da sociedade quanto a qualquer outra espécie de família, inclusive as tendo marginalizado, conforme refere Rolf Madaleno⁹.

Igualmente o divórcio não era previsto, posição legislativa que, aliás, se manteve mesmo no advento das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, embora tenha se tentando por diversas vezes introduzi-lo no país, conforme leciona Yussef Said Cahali¹⁰.

E foi justamente em razão da impossibilidade da extinção do matrimônio, que o concubinato (que à época também abarcava a união estável) se tornou um instituto comum, mesmo que hostilizado pela sociedade em geral, levando ao reconhecimento, ainda que frágil desta espécie familiar, ao ser instituída a indenização por serviços prestados a concubina quando do término do relacionamento.

Ainda assim, como referimos anteriormente, esse modelo familiar era extremamente malvisto, sendo inferiorizado e discriminado da mesma forma que os filhos ilegítimos, o que o afastava, até então, de qualquer benefício de ordem sucessória.

Portanto, a família no advento do Código Civil de 1916 tinha como características definitivas o fato de ser *matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e institucional, vista como unidade de produção e de reprodução*¹¹, e passou a ter novos significados apenas com a evolução da visão social do seu conceito que, aos poucos, exigiu a promulgação de novas leis dispendo sobre direitos, deveres e liberdades do núcleo familiar e seus membros.

⁸ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita

⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.7

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.58

¹¹ *Ibidem*, p.28

Entretanto, talvez a mudança legislativa mais importante da época tenha sido a Emenda Constitucional nº 9, que posteriormente levou a promulgação da lei nº 6.515 de 1977, responsável por regular o divórcio, abrindo caminho para formação de novas entidades familiares e possibilitando e validando mudanças sociais no âmbito familiar que, se antes ocorriam à margem da sociedade, passariam a receber espaço para se desenvolver aberta e livremente.

Paralelamente a essas intensas conquistas sociais, se fortalecia nos Estados Unidos, em meados dos anos 70, a mediação como um instituto alternativo de resolução de conflitos¹² em razão de um movimento iniciado ainda nos anos 60, conhecido como *Alternative Dispute Resolution*. E foi justamente o crescimento do apoio a estes meios resolutivos alternativos, o responsável pelo o início da utilização da mediação no enfrentamento de diversas questões envolvendo desde disputas de vizinhanças até mesmo as mais complicadas conturbações familiares¹³.

Da mesma forma, um pouco mais tarde, em 1976, a Grã-Bretanha criava um pioneiro Centro de mediação familiar, cujo exemplo logo foi seguido por diversos países tais como França, Áustria, Itália e Alemanha.

Não muito tempo depois disto, no ano de 1985, Richard Gardner, um respeitado professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, cunhou o termo “Alienação Parental” em razão de um fenômeno ocorrido nos processos envolvendo a guarda de menores.

E apenas três anos depois, no Brasil, a atual Constituição Federativa foi promulgada, trazendo consigo inúmeras mudanças legais, inclusive no direito de família, dentre as quais talvez a mais importante tenha sido a institucionalização do princípio da igualdade, dando fim ao autoritarismo patriarcal e a discriminação das espécies de família antes existente.

Em razão disto, o Código Civil de 1916 se tornou insustentável frente às novidades constitucionais, e a necessidade de uma nova lei civilista tornou-se iminente, mas que viria a ser realizada apenas em 2003, ano que entrou em vigor o Código Civil de 2002.

¹² THOMÉ, Liane Maria Busnelo. **Princípio da dignidade da pessoa e mediação humana como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família**. PUCRS, Porto Alegre, 2007, p.115 *apud* FILHO, Waldy Grisald. O recurso da mediação nos conflitos de família. Porto Alegre: Revista Brasileira de direito de família. v.4, nº 14, p.13-14, jul – set 2002.

¹³ MEALY-LOHMANN, Linda. **Using mediation to resolve disputes: Differences between China and the United States**. Disponível em: <[http://www.chinainsight.info/culture/chinese/526usingm e diati on-to-resolve-disputes--differences-between-china-and-the-united-states-.html](http://www.chinainsight.info/culture/chinese/526usingm%20and%20diati%20on-to-resolve-disputes--differences-between-china-and-the-united-states-.html)> Acesso: 05/11/2011

Antes disso, contudo, em Portugal, surgiu no ano de 1993 o Instituto Português de Mediação Familiar. Paralelamente, na França, a lei nº 95-125 de 1995 introduziu a mediação no Código de Processo Civil do país e na Argentina a Lei nº 24.573 passou a obrigar as partes litigiosas a participar de audiências de mediação¹⁴.

Mas tendo a família ganho maior liberdade no Brasil, tanto social quanto legalmente, e ainda considerando-se à facilidade cada vez maior de pôr termo a estas relações, se criou uma instabilidade nas relações afetivas, o que proporcionou o surgimento massivo do fenômeno da alienação parental.

Já enfrentada e formalizada nos tribunais americanos já há algum tempo, o termo chegou ao Brasil através de pesquisas realizada por profissionais relacionados às áreas de desenvolvimento infantil e do direito de família, conforme asseveram Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro¹⁵.

Na Europa o tema foi objeto da Conferência Internacional sobre Síndrome de Alienação Parental realizado em Frankfurt na Alemanha em 20002, e reuniu estudiosos de diversas áreas, como do direito e da psicologia¹⁶.

Logo, resta claro que o Brasil sofreu inúmeras mudanças legislativas e sociais através da história. Ao compararmos com os demais países do globo, inclusive com nações vizinhas a nossa, é possível perceber claramente que os momentos históricos que nosso país vivenciou, embora importantes para construção social, jurídica e moral da nossa identidade como Estado, aliada aos intensos períodos de burocratização e mudanças de regime, sem dúvida, em alguns aspectos, foram responsáveis pelo atraso legislativo do país, que culminou no atrasado do reconhecimento legal da alienação parental e também da mediação.

2.2 Espécies de família

Inicialmente, embora já com um nível de importância diminuto em relação há outros tempos, cumpre analisar o núcleo familiar formado através dos laços do

¹⁴ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Princípio da dignidade da pessoa e mediação humana como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família**. Porto Alegre: PUCRS, 2007. p.115

¹⁵ FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.18

¹⁶ *Ibidem*. p.19

matrimônio. Como antes discorrido, esta é talvez a forma mais antiga de se constituir laços familiares.

Foi, contudo, com a dissolução do laço matrimonial que novas espécies de família se formaram, sendo, provavelmente, a união estável a mais comum. Aliás, tal modalidade veio normatizada no parágrafo 3º do artigo 226¹⁷ da Constituição Federal que passou a admitir como entidade familiar a união estável, conceituada pelo artigo 1.723 do Código Civil como *a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família* e, ainda, a união homoafetiva, conforme julgamento recentemente proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

É interessante destacar que segundo dados estatísticos do Censo realizado em 2010 pelo IBGE, em 2000 os índices de casais em regime de união estável não passava de 28,6% tendo crescido 7,8% em 10 anos, ao passo que o número de casamentos neste mesmo período diminuiu 6,5%, passando a um total de 42,9%¹⁸.

Em relação a estes números, também deve se destacar que embora tenha ocorrido a elevação do número de divórcios para 36,81% em 2010, o mesmo ocorreu com o número de recasamentos que aumentou 4,5%¹⁹ no mesmo período, razão pela qual o reconhecimento das famílias reconstituídas tornou-se ainda mais importante.

Família reconstituída, pluriparental ou mosaica é aquela em que um ou ambos os cônjuges trazem para nova união filhos provenientes de relacionamentos anteriores, criando-se a figura do padrasto e da madrasta. Juridicamente, talvez a principal dificuldade dessa entidade familiar seja a limitação dos poderes destas figuras, já que nada foi recepcionado pela legislação vigente nesta ceara²⁰, apesar de Maria Berenice Dias defender que é uma tendência jurídica considerar o laço do genitor com seu filho como monoparental, já que o novo casamento de um dos genitores não importa restrições de direitos e deveres do outro²¹.

Assim, este tipo de entidade familiar provavelmente é a mais complexa no que tange aos limites, direitos e deveres das partes envolvidas. O padrasto/madrasta, em função da atribuição da guarda do menor para seu cônjuge, provavelmente terá um contato muito

¹⁷ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁸ IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>> Acesso: 14/01/2012

¹⁹ Idem. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2031&id_pagina=1>. Acesso: 14/01/2012

²⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.12.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de famílias**. 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.47

maior com a criança, e influenciando em diversos aspectos de sua vida, possivelmente de maneira muito mais proativa do que o pai/guardião que não dispõe da guarda do menor.

Mas o que aconteceria se este progenitor ao invés de se divorciar e então casar novamente, simplesmente se envolvesse em um novo relacionamento, mesmo que ainda legalmente casado? Ou, se mesmo tendo casado novamente, também estivesse se relacionando com alguém fora do matrimônio e com ele tivesse um filho? Tal situação dá origem a uma das formas de família mais discriminadas de toda e qualquer sociedade monogâmica: a família paralela.

A base principal de uma família paralela é o fato que, para constituí-la, um dos cônjuges precisa estar na posse do estado de casado com terceiro. Com exceção da união estável que pode ser reconhecida quando um dos companheiros se encontra separado de fato (prevista no artigo 1.723, §1º do CC) de seu ex-cônjuge, toda e qualquer situação em que um dos consortes já tenha contraído casamento anterior válido que ainda esteja em vigência, constituí uma família paralela, um concubinato e um crime tipificado no Código Penal brasileiro, a bigamia.

Em razão desta intensa aversão legislativa e comunitária a este núcleo familiar, diversas previsões normativas se encarregam de coibi-la. Além de infração penal, a bigamia gera como consequência, via de regra, a impossibilidade de reconhecimento da união estável e seus respectivos direitos sucessórios e patrimoniais.

Mas o que ocorre com o “fim” da família reconstituída, que resulte em uma situação onde um dos pais vive sozinho com o menor? Aqui, se caracteriza o núcleo familiar denominado família monoparental, que apenas deixará de a ser quando este ‘pai solteiro’ assumir uma relação que configure alguma das outras espécies de família vistas até aqui, ou, ainda, quando sua prole for considerada plenamente independente economicamente, à época de seu 25º aniversário²².

Por fim, há outras duas espécies de diversidade familiar reconhecidas pela doutrina brasileira. Aquela identificada como anaparental, em que ninguém ocupa uma posição de ‘pai’, e se caracteriza quando um grupo de pessoas, independentemente de sua relação consanguínea, se reúne com um objetivo ou conjunto de objetivos em comum. E, por fim, a família eudemonista, que se diferencia da anaparental por ter como objetivo principal a felicidade de cada um dos seus membros, que se reúnem em razão de laços afetivos e/ou de solidariedade. Importante referir que nestas, diferentemente das demais,

²² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.9

inexiste um reconhecimento constitucional tácito, embora a Lei nº 8.009/90 e o Projeto de Lei nº 2.285/2007²³, conhecido como Estatuto das Famílias, abranjam suas existências.

3 Alienação Parental

3.1 Conceito

A lei nº 12.318/2010 surgiu graças à intenção do legislador de normatizar e conceituar a alienação parental, uma vez que, por muito tempo, os Tribunais pátrios resistiram em reconhecê-la bem como o seu potencial altamente lesivo. Ainda, objetiva demonstrar à sociedade que tais condutas são reprováveis e merecem reprimenda do Estado, conforme dispõe a justificativa do projeto²⁴ que deu a origem à referida lei. Desta forma, buscou-se um aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio, através de um efetivo posicionamento do Estado nas questões em comento.

Assim, a lei trouxe novidades importantes ao definir um rol exemplificativo de condutas alienantes e, principalmente, sanções aplicáveis ao genitor/guardião que submeter a criança ou adolescente a elas. Ao fazê-lo, se procurou coibir tal prática por intermédio de uma mudança legislativa capaz de alterar a visão da sociedade quanto a real extensão do poder parental, e das limitações de seu exercício, para garantir assim direitos constitucionais e infraconstitucionais plenos ao menor.

O artigo 2º da referida lei buscou conceituar a alienação parental, ao caracterizá-la como a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida por um dos seus genitores ou até mesmo terceiro que o tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância e que objetive fazer com que o menor repudie um de seus genitores, prejudicando a manutenção do vínculo familiar destes.

Trata-se então, segundo Maria Berenice Dias, de um *jogo de manipulações*²⁵ no qual geralmente o genitor guardião se utiliza da criança para ferir psicologicamente o outro, numa tentativa de se vingar deste e o desmoralizar, em razão de um processo de separação ou divórcio que esteja/tenha ocorrido.

²³ BRASIL. **Projeto do Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso: 20/02/2012

²⁴ _____. **Projeto de Lei nº 4.053/08**. Dispõe sobre a alienação parental. Brasília, 07 out. 2008, p.4. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>>. Acesso: 13/10/2011

²⁵ DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.17

Assim, a alienação é utilizada como instrumento de punição, e a criança é levada a se afastar de quem ama. Tal situação pode causar sentimentos de culpa e confusão interior no menor, se criando uma imagem errônea e distorcida do genitor/guardião alienado, a quem antes se ensinava a confiar, depender, respeitar e amar, resultando em uma lesão ou destruição do vínculo afetivo entre eles.

Aliás, como visto acima, o artigo 2º prevê a possibilidade de que terceiro que não o genitor ou sejam agentes alienantes, bastando que estes tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância. Contudo, para que a alienação parental se caracterize é necessário que estes estejam agindo em detrimento da imagem e companhia do genitor alienado *strito sensu*, (conforme exposto no artigo 2º, segunda parte).

Desta forma, teoricamente se um dos pais afasta a criança ou adolescente dos tios, inclusive utilizando dos mesmos artifícios previstos na própria lei, por exemplo, não se pode dizer que estaria caracterizada a alienação parental. Aliás, a literalidade da lei afastaria a ocorrência de alienação parental no caso da família reconstituída, independentemente da madrasta/padrasto ter assumido um papel parental de destaque na vida do menor, visto que este não é considerado genitor da criança e, ainda, como antes exposto, a tendência é considerar o laço do genitor com a criança, como unilateral. Entretanto, se, teoricamente, a babá que cuida do menor todos os dias se utilizar da sua posição para denegrir a imagem de um dos pais/guardiões, causando estremecimentos nas relações familiares, estaria caracterizada a alienação parental.

De outra banda, no rol exemplificativo que dispõe os atos que podem caracterizar a alienação, especificamente no inciso VII, está prevista justamente a conduta de afastar ou dificultar a convivência da criança/adolescente de familiares ou avós, o que, ao contrário senso, estende o sentido da denominação ‘genitor alienado’, abrangendo, também, as demais figuras familiares do menor. Logo, fica claro uma divergência conceitual da própria lei, cabendo a jurisprudência melhor definir sua abrangência, dada a tentativa falha da lei de fazê-lo.

3.2 Comentários gerais à Lei nº 12.318/2010

Um divórcio ou uma separação sempre é um processo difícil. Ao envolver menores, ela se torna ainda mais complicada, pois independentemente de qualquer disputa entre os ex-cônjuges/companheiros, o interesse da criança/adolescente jamais pode ser

posto em segundo plano. É estritamente necessário, acima de tudo, chegar ao consenso mais adequado para definir que situações e arranjos de guarda, alimentos, etc., beneficiarão mais o menor.

Entretanto, em determinadas situações, tal concordância e mesmo a noção básica e essencial de que o menor é alguém neutro nas disputas, devendo ser preservado por ambas as partes, é deixada de lado, em razão de distúrbios ou momentos emocionais pelos quais os pais/guardiões estejam passando. De fato, em determinados casos a situação pode se agravar tanto que a criança é utilizada como instrumento de barganha, punição e até mesmo vingança por um cônjuge contra o outro, que toma tal atitude consciente ou inconscientemente.

Assim os atos previstos no rol exemplificativo nos incisos I a VII do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318, têm início. E em razão deles, a criança é afastada do genitor/guardião que não detém sua guarda em um processo gradual ou até mesmo instantâneo, interrompendo e cortando laços afetivos e o contato entre guardião/genitor alienado e o menor.

Há, ainda, todo um processo psicológico de manipulação envolvido. O genitor alienante pode inventar histórias para a criança. Referir que o pai perdeu o interesse nela, que fez falsas promessas de presentes e passeios ou que, simplesmente, não a ama mais. Em casos mais extremos, denúncias de abuso sexual junto ao Poder Judiciário não são incomuns. E eles geram o fenômeno conhecido como “falsas memórias” em que a criança/adolescente “lembra” de certos “fatos”, como os realmente os tivesse vivenciado, ainda que em realidade nunca tenham ocorrido.

Insta salientar que, nestes casos, mesmo que a verdade seja descoberta tão logo quanto possível, as próprias medidas judiciais pelas quais a criança e os demais envolvidos são submetidos, como entrevistas, visitas monitoradas (ou a suspensão total delas), combinado com o tempo necessário para realização de uma avaliação psicossocial adequada, por si já são suficientes para sufocar, em parte ou por completo, o vínculo parental.

Jorge Trindade destaca que os efeitos da alienação não terminam simplesmente em sintomas característicos que se manifestam na criança/adolescente. Os efeitos são extensivos ao genitor/guardião alienado e também ao próprio alienador. Para o autor, a situação de controle extremo da criança e o acúmulo de sentimentos negativos que normalmente permeia esse tipo de situação, refletem de maneira contraproducente. Causam

na estrutura familiar problemas graves de convivência e, posteriormente, quando o menor cresce e percebe a manipulação ao qual foi sujeito, ressentimentos profundos deste em relação ao alienante. Assim, ele termina por afastar por conta própria do alienador enquanto seu relacionamento com o alienado já está igualmente prejudicado em razão dos anos de afastamento.

Desta maneira se desenvolve um círculo vicioso. O sujeito alienado (a criança/adolescente) não é capaz, quando chega à vida adulta, de relacionar de maneira saudável com ambos os pais/guardiões, e a ruptura daquele núcleo familiar se mantém há longo prazo, podendo, inclusive, se concretizar definitivamente.

Veja-se que nestes casos são deixados de lado os deveres de proteção e guarda em que se baseia o poder familiar e inúmeras previsões normativas. A ideia de uma educação competente, e a certeza da obrigação dos pais, de defender os interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos do menor, é posta em segundo plano²⁶.

Denota-se que o direito primordial a uma convivência familiar e comunitária saudável é completamente violado. E no que tange o guardião alienado, o próprio direito humano do pai, de ser pai, agir como tal e assim ser reconhecido é tolhido. Por isto, deve o jurista agir quando da recusa dos progenitores de perceber a extensão dos danos causados, quando um deles adota a utilização de atos alienantes.

Exatamente por isto, a lei 12.318/2010 refere que, no âmbito judicial, o julgador, ao serem constatados indícios do problema, deve ordenar a realização de perícia para diagnosticar a efetiva ocorrência da alienação parental, que pode ser requerida pelo Ministério Público²⁷, ou realizada de ofício, uma vez que a atuação dos profissionais interdisciplinares está sujeita às regras processuais que tratam da perícia, até mesmo multidisciplinar, que engloba a realização conjunta ou separada das perícias sociais, psicológicas, médicas, etc.

Da mesma forma, a lei 12.318 prevê em seu artigo 4º que havendo indícios de alienação parental, o processo terá tramitação prioritária, e que todas as medidas necessárias para garantir o direito do menor, a defesa do genitor alienado e, se necessária, a convivência de ambos, devem ser tomadas.

Cumpra referir que o processo de guarda que envolve questões de alienação parental pode acabar se tornando um processo tão doloroso, tão demorado, e a

²⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.656

²⁷ FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.34

criança/adolescente pode se tornar tão hostil em relação ao genitor/guardião alienado que este pode acabar, até inconscientemente, desistindo de se reaproximar.

Fatores como a constante mudança de endereço da criança, ou as persistentes recusas do alienante de permitir que o alienado faça contato com o filho, e, ainda, as discussões desgastantes e sempre presentes nessa difícil ‘não-relação’ podem afastar o alienado.

Contudo, é neste momento, no instante em que o alienado ‘desiste’, que a alienação se concretiza definitivamente. O dano está feito. E serão necessários anos, talvez uma vida inteira para recuperar a ligação de afeto perdida entre genitor/guardião e o menor, que talvez, mesmo assim, jamais serão como de fato deveriam ter sido.

Em suma, a própria essência da família, o espírito que o legislador há tanto tempo tenta proteger e os princípios regradores básicos de tudo que a sociedade, como um todo, preza e valoriza, são, em sua estrutura mais fundamental, corrompidos, prejudicados, desfeitos e é exatamente por isto, que a Lei traz um rol de sanções possíveis a serem aplicadas ao alienador.

3. Sanções ao alienante

O artigo 6º da Lei 12.318/2010 dispõe que o juízo pode, ao ser constatada a conduta alienante, impor sanções ao responsável. Trata-se de um instrumento de proteção direta ao menor, que visa acrescentar medidas de proteção ao rol legal previsto em leis dispersas como o Estatuto de Criança e do Adolescente²⁸.

Denota-se que a previsão expressa de que quaisquer atos que dificultem a convivência da criança com seu genitor são passíveis de incorrer nas sanções dispostas nos incisos I a VI do referido artigo, inclusive sem prejuízo decorrente da responsabilidade civil ou criminal.

Quanto a esta, no entanto, é importante destacar que a tipificação penal da alienação prevista no projeto foi afastada, tendo em vista a busca do legislador de atribuir à lei um caráter pedagógico-preventivo e não punitivo

Igualmente, o respectivo comando normativo prevê a possibilidade de responsabilização civil dos atos provenientes da alienação parental. Quanto a isto,

²⁸ DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.78-79

ressaltam Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro²⁹ que a tendência jurisprudencial e doutrinária provável, é de que o dano moral advindo da alienação se torne consenso, haja vista que não se trata de uma busca reparatória proveniente de desamor (frente ao recentíssimo julgado do STJ, Resp. 1159242/SP), mas do desejo de se obter compensação pela praticada alienação parental.

Sobre a questão citamos a ementa do acórdão ainda não transitado em julgado, do STJ, alhures referido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp1159242/SP, Rel. Ministro NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012) (grifo nosso)

Outrossim, Elizio Luiz Perez não destoia deste entendimento. Aliás, acrescenta, quanto às medidas dispostas nos incisos do referido artigo, que estas não têm intenção punitiva e muito menos caracterizam uma intenção vingativa do judiciário. Meramente visam proteger física e mentalmente o menor (objeto da alienação) de qualquer conduta que dificulte a convivência familiar da criança ou adolescente com seu genitor/guardião. Assim, o artigo 6º faz referência sobre as seguintes medidas protetivas em seus respectivos incisos:

²⁹ FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.96

I. declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

Tendo em vista que ao se identificar a possível ocorrência de atos alienatórios o processo deverá tramitar com preferência (na forma do artigo 4º da Lei 12.318/2010). Insta salientar que o *caput* do artigo 6º dispõe que o juízo poderá cumular as medidas previstas e, portanto, outras medidas previstas nos incisos seguintes, podem ser tomadas conjuntamente com esta.

II. ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

Tal previsão visa garantir o direito a convivência do genitor com o menor, e, por óbvio, com ela, afastar os nefastos efeitos que os atos alienatórios possam ter causado, como a demonização do genitor alienado e o afastamento afetivo deste com a criança/adolescente.

III. estipular multa ao alienador;

Conforme ressaltado por Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro, a multa prevista tem como finalidade desestimular a prática de certos atos decorrentes da alienação, como, por exemplo, o descumprimento da determinação dos dias de visitas, conforme local e hora fixados.

Veja-se que tal medida não pode ser fixada em valor capaz de causar o empobrecimento do alienante e o enriquecimento ilícito do genitor alienado, devendo ser suficiente *apenas* para garantir o cumprimento das determinações judiciais. Em razão disso, deve ser utilizada somente nos casos em que é fácil a identificação da ocorrência dos atos alienatórios³⁰.

IV. determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

É importante referir que o acompanhamento ao qual se refere o inciso acima não se limita a alcançar apenas o menor, mas também aos genitores e guardiões, já que estes são os agentes causadores da alienação em si. Tal medida tem razão de ser já que é capaz de produzir efeitos positivos, como o combate aos efeitos da alienação no menor, ainda que este seja obrigado a se submeter ao acompanhamento.

³⁰ *Ibidem*, p.36-37.

V. determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

O inciso prevê a utilização da guarda compartilhada como medida de proteção da criança alienada. Não obstante isso, tal previsão é controversa apesar da doutrina parecer estar se inclinando em seu favor. Ela consiste na conservação partilhada do direito de custódia e responsabilidade dos filhos pelos pais, sendo alternada apenas a guarda do menor, conforme explica Rolf Madaleno³¹.

Assim, a ideia central é de que com ela os pais tomem decisões relacionadas ao menor em conjunto, da mesma forma que o faziam antes da separação. Entretanto, para o autor, nos casos de alienação parental sua determinação é impossível já que se exige precipuamente a cooperação dos genitores, que, nestes casos, parece difícil de ocorrer.

De outra banda, defendem sua utilização Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro, dispendo que deve ser concedido ao menor o direito de conviver com ambos os genitores³². Elzio Luiz Perez³³ segue esta linha de pensamento, asseverando que a própria lei de Alienação Parental visa dar mais efetividade ao instituto da guarda compartilhada. Lenita Pacheco Lemos Duarte³⁴ também vê na guarda compartilhada um instrumento contra alienação parental, já que a guarda unilateral favorece o seu surgimento. Igualmente, Carla Alonso Barreiro³⁵ também defende tal posicionamento.

Da mesma forma, havendo necessidade a guarda poderá ser revertida ao genitor alienado. No entanto, é criticável a utilização desta medida em toda e qualquer situação, uma vez que, tratando-se de uma alienação parental já assentada, e tendo a criança adquirido uma aversão natural ao genitor alienado, a inversão da guarda poderá fazer tão mal para psique do menor quanto mantê-la com o guardião alienante. Ou ainda, havendo denúncia da existência de abuso sexual, as quais, mesmo que ainda não verificadas, também não deve ensejar a inversão da guarda para o genitor acusado.

Assim, parece ser medida mais acertada conceder a guarda a um familiar neutro na relação, enquanto a justiça se encarrega de trabalhar psicológica e jurisdicional a

³¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.428

³² FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.39

³³ DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.78

³⁴ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos Filhos na família em litígio**. 3º ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. p.13

³⁵ BARREIRO, Carla Alonso. **Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>> Acesso. 21/04/2012

melhora do relacionamento do genitor alienado, com o menor, conforme hipótese prevista no inciso IV.

É interessante destacar, também, que segundo previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 28, §§ 1º e 2º), a partir dos 12 anos o menor deve ser ouvido sobre sua preferência a quem deve deter sua guarda devendo sua opinião ser considerada. Embora bem intencionada, tal disposição é criticável nos casos em comento tendo em vista a possibilidade da existência de manipulações, por parte dos pais, para conseguir uma manifestação em seu favor.

VI. determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

Um dos atos mais comuns nos casos de alienação parental é a constante mudança de endereço do menor. Em razão disto, o magistrado poderá determinar que a criança se fixe em determinado local como medida acautelatória, a fim de facilitar a convivência com o alienado, ou, ainda, para facilitar o andamento do processo, tornando-o preventivo e fixando o local onde se encontra enraizado o menor como o adequado para a realização das intimações pessoais conforme referem Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro³⁶.

“VII - declarar a suspensão da autoridade parental.”

Paulo Lôbo conceitua o poder familiar (ou autoridade parental, como acima referido), como *o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos no interesse destes*³⁷. Tal poder, quando incorre em determinadas hipóteses legalmente previstas, pode ser suspenso ou extinto. A diferença está no fato de que a extinção implica na interrupção definitiva deste, ao passo que a suspensão meramente impede seu exercício durante determinado período de tempo, concentrando o poder no outro genitor.

Ademais, a suspensão pode se subdividir em parcial ou total, sendo que, neste caso, ela tem como consequência à privação total (e provisória) do genitor de exercer o poder familiar, ou seja, de intervir legalmente na vida do menor. Porém, se mesmo assim o genitor alienante continuar com sua conduta faltosa, nada impede que a suspensão torne-se

³⁶ FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.40

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4º ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p.295

uma medida definitiva, tornando-se verdadeira extinção do poder familiar, nos termos do artigo 1.638, IV³⁸ do Código Civil.

Por fim, o parágrafo único do artigo 6º da Lei 12.318/2010 refere:

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

Tal dispositivo tem razão de o ser, ao passo que dá ainda mais efetividade as previsões acima expostas, especificamente quanto à efetivação da tutela específica. Além do mais, sua determinação pode ser cumulada com outras medidas, como as previstas nos incisos III, V e VI (fixação de multa, modificação da guarda e fixação cautelar de domicílio, respectivamente).

Resta claro, portanto, que a alienação parental é um problema grave com consequências severas não apenas para o menor, mas também para seus genitores/guardiões, que podem inclusive ter extinguido seu exercício do poder familiar.

4 Mediação familiar

4.1 Conceito e aspectos gerais do instituto

John Haynes e Marilene Marodin conceituam a mediação como um processo em que um terceiro, chamado mediador, auxilia os participantes a resolver determinado conflito através de uma resolução aceitável para ambos e que possa ser mantida e continuada ao longo do tempo³⁹.

Douglas Yarn define a mediação como um processo no qual as partes em disputa, auxiliadas por um terceiro ou por um grupo de pessoas neutras, possam chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação composta por vários atos procedimentais em que o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as partes conflituosas buscando fazer com que compreendam a posição um do outro e, em conjunto, possam encontrar soluções compatíveis com suas necessidades e interesses⁴⁰.

³⁸ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

³⁹ HAYNES, John; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p.11

⁴⁰ YARN, Douglas. **Dictionary of Conflict resolution**. São Francisco: Jossey-Bass, 1999. p.272

Fiorelli, Malhadas e Morais, referem que a mediação é um meio cooperativo de resolução de conflitos no qual o poder da decisão fica com as partes em razão de uma convergência de ideias, nas quais se busca o atendimento dos interesses dos envolvidos através de uma consideração dos elementos de natureza emocional, proporcionando as partes à possibilidade de assumir a responsabilidade pelos resultados provenientes do acordo⁴¹. Desta forma, não é outra a conclusão senão que tal medida é ideal nos casos de disputas familiares, já que ela visa à satisfação de todos os envolvidos.

Para tanto, o procedimento mediatório deve identificar o objeto de discussão, trabalhando com as partes a fim de evitar que uma disputa judicial se instaure ou, na ocorrência desta, visar à diminuição da intensidade da disputa, preservando o menor envolvido. Para isto, podem ser utilizados os mais diversos métodos institucionais existentes, por exemplo, a realização de sessões de mediação com vários profissionais que não apenas o mediador.

Veja-se que, diferentemente das disputas judiciais, a mediação tem um caráter não-adversarial, ou seja, seu objetivo não é concluir quem tem razão ou chegar num conceito ímpar de justiça, mas sim dar resolução a disputa de forma que as relações pessoais presentes e futuras possam ser mantidas em maior ou menor nível. Trata-se, portanto, de um método não só mais econômico, visto que não envolve a ‘máquina judiciária’, mas também mais rápido em comparação a esta, já que são poucos os profissionais envolvidos e a disputa é realizada pessoalmente.

E mais, ao contrário do âmbito jurídico, cujos processos são públicos (ainda que resguardados de certa privacidade nas questões de direito de família), a mediação é um procedimento privativo, resolvido dentro dos limites do âmbito familiar, restringindo ao máximo a exposição dos envolvidos.

Ademais, via de regra, o procedimento mediatório é capaz de produzir efeitos mais positivos nestas disputas se comparado ao judiciário, já que como leciona Ricardo Vainer a separação judicial não acompanha a emocional e quando as partes não são capazes de superá-la, encontram no judiciário a possibilidade de negar ou perpetuar o vínculo rompido⁴².

⁴¹ JUNIOR, Marcos JulioOlivé Malhadas; FIORELLI, José Osmir; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na Mediação: Inovando a Gestão de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2004. p. 49-52

⁴² VAINER, Ricardo. **Anatomia de um divórcio interminável: o litígio como forma de vínculo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999. p.14

Assim, o judiciário torna-se para as partes um instrumento de satisfação de uma vingança privada, através de um ambiente puramente burocrático e sistematizado que tenta, muitas vezes sem sucesso, tornar um fato emocional bruto e concreto, em uma previsão normativa legalmente prevista.

Por óbvio não se pretende insinuar aqui que o juízo é incapaz de resolver disputas familiares. Pelo contrário, é e sempre será um importante instrumento de resolução de conflitos. No entanto, é óbvia sua posição de hipossuficiência frente aos embates familiares, tendo em vista que estes estão em constante mudança, e trazem consigo uma intensa carga emocional, muitas vezes exigindo mais do que um comando normativo para serem efetiva e terminantemente solucionados.

Não há dúvidas que o judiciário deva ser utilizado sempre que as relações conflituosas atingem níveis emblemáticos de tempestividade, mas da mesma forma não há incertezas em afirmar que, diferentemente do que tem se aplicado atualmente (e as disputas familiares não tem exclusividade neste rol), ele deve servir seu propósito apenas quando os demais meios resolutivos – seja através de pedidos administrativos, seja por meios resolutivos extrajudiciais, não tenham surtido efeito.

Ora, é insustentável afirmar que o judiciário é *sempre* o único e principal caminho resolutivo, como bem destacam José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler⁴³. Veja-se que deve ser considerada não apenas a própria incapacidade física deste órgão estatal para lidar com todos os conflitos da população, mas também a grande massa processual judiciária que invariavelmente impossibilita o órgão julgador de analisar mais profundamente as questões factuais, chegando a uma decisão justa.

Por conseguinte, a mediação não procura extorquir o papel decisório do juízo, sendo função do mediador a condução e o bom andamento do procedimento, bem como estabelecer um ambiente adequado, em que as partes sintam-se seguras e a vontade. Não é sua função exercer um juízo de julgamento, muito menos oferecer soluções práticas ou decidir disputas. Ele deve sempre atuar através de uma posição de imparcialidade, sendo papel das partes disporem sobre a solução que entendam mais adequada ao seu caso.

Importante destacar que não se espera que os participantes iniciem o processo de mediação abertos e dispostos a tentar entender as questões e preocupações do outro, aliás, em geral, cada parte culpa a outra pelo problema, evitando admitir qualquer responsabilidade pela situação. O mediador então deve tentar abrir brechas nestas posições

⁴³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição!. 2º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.41

estanques, reenquadrando a situação de uma forma que o problema torne-se de ambos e não um conflito de um contra o outro.

Assim, procura-se mudar a visão unilateral dos envolvidos, possibilitando que novos pontos de vista sejam postos em cheque e novas alternativas sejam consideradas. Na mediação o passado, que é o fato gerador do problema, não serve para determinar quem tem razão. Ao contrário, focar em algo estanque e imutável apenas gera um ciclo vicioso nas discussões, cada qual focando em sua visão do problema. Portanto, ao contrário da jurisdição, a mediação foca-se no futuro, pouco importando o que foi feito até aqui, mas o que precisa ser feito para que as partes possam se reestruturar.

Outrossim, as diferenças da mediação para a terapia são muitas. Veja-se que o foco daquela não é preservar a saúde mental dos participantes. Seu enfoque também não é nas pessoas, mas no conflito e como dito anteriormente tampouco o passado tem qualquer importância. Ao contrário, na terapia, busca-se fazer com que a pessoa entenda mais sobre si mesma, compreenda seu passado e como isto afetou seu presente, e as emoções tem um papel central em seu desenvolvimento, como bem referem Edgard Morin⁴⁴ e Junior, Fiorelli e Morais⁴⁵. Da mesma forma, diferencia-se completamente da conciliação, como ressalta Águida Arruda Barbosa⁴⁶. Nela, o conciliador atua ativamente das negociações, realizando sugestões buscando um acordo que, via de regra, não satisfaz plenamente nenhuma das partes, mas que mesmo assim é realizado para encerrar uma demanda onde uma ou ambas as partes estão sujeitas a uma sentença possivelmente desfavorável. Ainda, trata-se de um processo no qual o conflito não é abordado, apenas sua resolução, de maneira que o que se propõe é o fim da litigiosidade e não a tratativa do próprio conflito.

Mais distante ainda está da figura da arbitragem, uma espécie de jurisdição privada, no qual as partes decidem se submeter a uma decisão arbitral a qual o estado cede alguns atributos da jurisdição, como a incidência da coisa julgada, sem necessidade de homologação judicial⁴⁷. Mas será que a mediação pode ser aplicada em todo e qualquer conflito?

⁴⁴ MORIN, Edgard. **Factores de Constraste entre mediación y terapia familiar**. Disponível em <[http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo\(1\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo(1).pdf)> Acesso: 05/05/2012.

⁴⁵ JUNIOR, Marcos JulioOlivé Malhadas; FIORELLI, José Osmir; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na Mediação: Inovando a Gestão de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2004. p.54

⁴⁶ CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: 2004. p.32

⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!**. 2º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.41

Por óbvio a mediação não é sempre a melhor solução para qualquer disputa. Em verdade, inexistem soluções infalíveis que possam substituir o comando coercitivo jurisdicional do Estado, como nos casos em que se acusa o genitor alienado de abuso sexual.

Entretanto, as desavenças familiares em geral parecem se encaixar perfeitamente nas intenções da mediação, tendo em vista a manutenção futura dos relacionamentos por ela formados. Ora, no processo de separação judicial, por exemplo, a disputa dos filhos pode ocorrer, mas ambos os genitores querem o melhor para o menor.

4.2 Supressão da mediação nos casos de alienação parental

O artigo que previa a mediação na lei nº 12.318/2010 foi suprimido por se entender que a convivência familiar é direito indisponível, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, e, ainda, frente à aplicação do princípio da intervenção mínima, que refere que eventual medida de proteção deve ser exercida apenas por aquelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável⁴⁸.

Nestes termos, já é possível perceber desde logo que há um equívoco conceitual do instituto. Veja-se que, diferentemente do apontado, a mediação não é um mecanismo extrajudicial de *solução* de conflitos, em uma acepção conceitual. Diferentemente do que se possa pensar, como anteriormente referido, ela não visa o acordo embora o objetivo.

Ora, tendo em vista os objetivos principais do instituto, principalmente no que tange ao direito de família, e especialmente quanto à manutenção de uma relação social saudável, não há de se falar em possível violação a direito indisponível, na hipótese de sua utilização, visto que a ocorrência de alienação parental não se resolve simplesmente pela decisão da guarda do menor. Aliás, se assim o fosse, bastaria que, ao ser constatada, fosse determinada a inversão da guarda para que se desse fim ao conflito e, como anteriormente discorrido, no caso concreto a situação fática não é tão simples.

E ainda, veja-se que a convivência familiar, caracterizada pelo direito fundamental da criança/adolescente de crescer e se desenvolver no seio daquele núcleo ao qual considera seguro, modelado por aqueles cujos laços legais e de afinidade afetiva são inimagináveis não é posta em cheque com a mediação, pelo contrário. Em verdade,

⁴⁸ BRASIL. **Mensagem nº 513**. Veto parcial da Lei 12.318/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm> Acesso: 07/09/2012

possíveis violações a uma convivência familiar saudável não partem dela, mas sim da alienação parental.

É bem verdade que podem surgir ‘acordos’ relacionados à guarda do menor em razão do processo mediatório, mas nada obsta que estes sejam analisados pelo juízo. Ademais, considera-se a mediação importante nestes casos não em razão disto, embora nos pareça uma inconsistência legislativa definir que os pais não podem, por si, concluir aquilo que consideram o melhor para sua prole, apesar de todas as previsões normativas que asseveram ao contrário.

Na realidade, o grande mérito da mediação nestes casos se dá pelo fato de que esta objetiva a melhora da comunicação entre os envolvidos, buscando abrir novos horizontes, novas possibilidades e, principalmente, trabalhar a raiz do problema. Ela não é um fim em si mesmo, mas um meio para se chegar a um fim. Não se pode afirmar que a mediação foi falha se as partes não conseguiram chegar a um consenso. Ora, mesmo que a disputa pela guarda permaneça, mesmo que o conflito gerado em razão da separação litigiosa persevere nada obsta que os pais, e principalmente o genitor alienante, percebam que a maneira com que estão lidando com aquela situação e a forma como ela está afetando o menor é prejudicial a todos.

Aliás, como dispõem Dora Fried Schnitman e Stephen W. Littlejohn, *o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento*⁴⁹. Não há dúvidas de que é possível se chegar à mesma conclusão através de um comando jurisdicional coercitivo, mas será que a construção pessoal e o caráter pedagógico desta seriam capazes de atingir os níveis de excelência que uma realização pessoal própria? Será mesmo que uma ordem juridicamente imposta é capaz de alcançar maiores resultados, independentemente dos níveis de coerção, aliás, legalmente previstos no artigo 6º da Lei 12.318/2010 e demais normas infraconstitucionais, que a mais simples admissão pessoal de culpa e realização de que aquela situação não pode perdurar?

Nestes tipos de conflitos a adoção de uma posição adversa onde uma parte tem, necessariamente, que perder e ser definida juridicamente como “errada” é capaz de trazer tantos malefícios quanto às próprias controvérsias existentes.

Da mesma forma, parece-nos equivocada a aplicação do princípio da intervenção mínima nestes casos, devendo, por sua vez, ser aplicado o princípio da prioridade absoluta previsto no artigo 227 da Constituição Federal, que mitiga sua importância, uma vez que é

⁴⁹ SCHNITMAN, Dora; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmes, 1999. p.20

dever da família buscar soluções que entenda como mais benéfica aos conflitos aos quais esta submetida. Aliás, mesmo que assim não o fosse o referido princípio é obviamente reforçado ao se exigir que eventual acordo mediatório deve ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial⁵⁰.

Por fim, cumpre analisar as críticas comumente realizadas à mediação em razão da sua falta de segurança e incerteza jurídica. Veja-se que, quanto a isto, asseveram José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler⁵¹ que a principal preocupação dos operadores do direito se embasa no fato de que através da mediação chega-se a uma verdade consensual e não processual, no qual a figura do juiz é ausente e em uma responsabilidade que não implica qualquer sanção.

Em razão disto existem posicionamentos que defendem a necessidade de normatização da mediação e outras que afastam tal posicionamento por acreditar que a perda das principais características inerentes do processo mediatório - seu caráter não autoritário nem decisionista - se perderia.

Ademais, os autores alhures referidos também destacam a questão da possível falta de segurança jurídica nas relações provenientes dos procedimentos de mediação, tendo em vista que o poder autoritário de uma das partes pode se prevalecer a outra e, com isto, ao impor sua posição ao outro, prejudicar a relação futura.

Veja-se que, nestes casos, tais questionamentos podem ser resolvidos pelo fato de que é papel do mediador intervir estabelecendo determinando uma solução. E ainda, tendo em vista que a mediação visa não os interesses e objetivos particulares de cada um, mas sim a busca por aquilo que os envolvidos consideram adequado para o caso concreto, ela traz consigo uma característica única, a falta de previsibilidade.

Tal atributo é carregado por vantagens e desvantagens. No primeiro caso, se dá pela falta de uma submissão legal, o que aumenta as possibilidades de atuação no caso concreto. Como desvantagem, porém, está o fato de que o aumento de opções no qual se pauta o processo de mediação pode gerar o distanciamento entre as pretensões de cada um dos envolvidos. É, contudo, papel do mediador conduzir os mediados a um ponto comum de análise do conflito.

⁵⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Alienação parental e a mediação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=671>>. Acesso: 07/05/2012

⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!**. 2º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.151-159

5 Conclusão

*Parentesco, afinidade, elos causais são traços da individualidade e/ou do convívio humano. O amor é uma das respostas paliativas a essa bênção/maldição da individualidade humana, que tem como um de seus muitos atributos a solidão*⁵².

É impossível analisar o presente tema de um ponto de vista puramente racional ou positivista. A verdade é que como em toda a questão que envolva disputas familiares, os sentimentos, as mágoas, as dores e os amores, são fatores que jamais poderão ser levados em consideração pela norma e não obstante isto, permeiam intensamente estas relações.

Não é de se admirar que os casos de alienação parental sejam cada vez mais comuns. Parece ser este um reflexo atual do mundo em que vivemos, mais um problema, entre muitos, que nosso estilo de vida trouxe.

O que foi pretendido neste artigo foi oportunizar ao leitor uma visão mais abrangente das possibilidades e ferramentas que os meios extrajudiciais de resolução de conflito têm a oferecer, demonstrando que é verossímil que o particular seja considerado competente e capaz para satisfazer seus próprios antagonismos.

Em verdade, a mediação trata-se de um processo de aprendizagem no qual o caráter pedagógico das decisões dela emanadas, o que, aliás, é defendido por juristas e doutrinadores igualmente, possui um papel principal. Não se trata de uma decisão unilateral e coercitivamente imposta, mas sim de uma construção de pensamento, feita pelos envolvidos e para eles, objetivando a mudança de um posicionamento e de comportamento outrora debatidos em caráter adversarial.

Aliás, mesmo que realizada judicialmente, ainda que poucos frutos possam ser colhidos deste processo e que as partes não estejam dispostas a participar da mediação, tendo em vista as vantagens deste procedimento, abordadas no terceiro capítulo, será que não vale a pena tentar realizá-la?

Diversos Tribunais pelo país entenderam que sim. O Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul recentemente passou a se utilizar da mediação nos casos de disputas familiares que envolvam menores⁵³. Igualmente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁴

⁵² BAUMAN, Zygmum. **Amor Líquido**: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. *Passim*

⁵³ BRASIL. TJ/RS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/mediacao_familia.html>. Acesso em: 17/05/2012

⁵⁴ _____. TJ/SC. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/legislacao/interna/naintegra!html.action?id=582>>. Acesso em: 17/05/2012

também implementou a possibilidade de utilização da mediação nestes casos. Da mesma forma diversas organizações, como a “Pai Legal⁵⁵”, defendem sua aplicação.

Do exposto, a supressão da utilização da mediação, na promulgação da lei nº 12.318 de 2010 se mostrou uma decisão precipitada, cujas razões claramente se baseiam em uma confusão de conceitos. Sendo assim, sua utilização, no âmbito judicial, depende unicamente da vontade e desejo de cada um dos operadores do direito e das partes tuteladas.

Referências

BARREIRO, Carla Alonso. **Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>> Acesso: 21/04/2012

BAUMAN, Zygmum. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição Republicana do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso: 16/05/2011

_____. **Constituição Federal (1967)**. Emenda Constitucional nº 25, 15 de maio de 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/emen das/emcanterior1988/emc25-85.htm>> Acesso: 16/05/2011

_____. **Lei 12.318/10**. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 14/03/2012

_____. **Mensagem nº 513**. Dispõe sobre os vetos aos artigos 9º e 10º da Lei 12.318/2010. **DOU**, Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato20072010/2010/Msg/VEP-513-10.htm>>. Acesso: 21/04/2012

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.053/08**. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>. Acesso: 13/10/2011

_____. **Projeto do Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso: 20/02/2012

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1106637**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200802608928&data=1/7/2010>. Acesso: 14/01/2012

⁵⁵ PAI LEGAL. **Apresentação: Início**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/>> Acesso: 17/05/2012

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz.** Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CAHALI, Youssef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: 2004

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** São Paulo: As Américas, 2006

DIAS, Maria Berenice Dias (Coord). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de famílias.** 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v.5, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos Filhos na família em litígio.** 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010.** Rio de Janeiro: Forense, 2011

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

HAYNES, John; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1996

IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso: 14/01/2012

_____. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticiavisualiza.php?idnoticia=2031&idpagina=1>>. Acesso: 14/01/2012

JÚNIOR, José Critella. **Curso de Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 2007

JUNIOR, Jesualdo Almeida. **Comentários à Lei da Alienação Parental: LEI 12.318, de 26 de Agosto de 2010.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=679>>. Acesso: 31/03/2012

JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas; FIORELLI, José Osmir; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na Mediação: Inovando a Gestão de Conflitos.** São Paulo: LTr, 2004

JÚNIOR, Roberto Freire Melo; SANTOS, Renata Sarmento. Síndrome de Alienação Parental e mediação familiar, do conflito ao diálogo. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS.** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/index>>

- JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil:Famílias**. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011
- MEALAY-LOHMANN, Linda. **Using mediation to resolve disputes: Differences between China and the United States**. Disponível em: <<http://www.chinainsight.info/culture/chinese/526-using-mediation-to-resolve-disputes--differences-between-china-and-the-united-states-.html>> Acesso: 05/11/2011
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008
- MORIN, Edgard. **Factores de Constraste entre mediación y terapia familiar**. Disponível em <[http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo\(1\).pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo(1).pdf)> Acesso: 05/05/2012
- NADER, Paulo. **Direito de família**.v.5, 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011
- PAI LEGAL. **Apresentação: Início**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/>> Acesso: 17/05/2012
- ROSA, Conrado Paulino da. **Alienação parental e a mediação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=671>>. Acesso: 07/05/2012
- SCHNITMAN, Dora; LITTLEJOHN, Stephen (Org). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmes, 1999
- Superior Court. Alternative Dispute resolutions. **Delaware States Courts**. Disponível em: <http://courts.delaware.gov/Superior/ADR/adr_history_movement.stm> Acesso: 05/11/2011
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Princípio da dignidade da pessoa e mediação humana como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família**. Porto Alegre: PUCRS, 2007
- VAINER, Ricardo. **Anatomia de um divórcio interminável: o litígio como forma de vínculo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999
- WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila Corrêa da. **Direito de família**. v.5, São Paulo: Saraiva, 2009
- YARN, Douglas. **Dictionary of Conflict resolution**. São Francisco: Jossey-Bass, 1999