

Maria Berenice Dias

coordenação

INCESTO E ALIENAÇÃO PARENTAL

**De acordo com a Lei 12.318/2010
(Lei de Alienação Parental)**

Cláudia Gay Barbedo • Christian Haag Kristensen • Cristian Fetter
Mold • Denise Duarte Bruno • Denise Maria Perissini da Silva
• Elizio Luiz Perez • Fernanda Rocha Paulo • Gabriella Ferrarese
Barbosa • Graça Pizá • Jorge Trindade • José Antônio Daltoé Cezar
• Lenita Pacheco Lemos Duarte • Márcia Amaral Montezuma
• Marcos Duarte • Maria Berenice Dias • Maria Helena Mariante
Ferreira • Maria Regina Fay de Azambuja • Mariza Silveira Alberton
• Melissa Telles Barufi • Mônica Guazzelli • Renato M. Caminha
• Roberta dos Santos Furlan • Rodrigo da Cunha Pereira
• Sandra Baccara • Sonia Rovinski

autores

3.ª edição
revista, atualizada e ampliada

IBDFAM
Instituto Brasileiro de Direito de Família

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

UMA REFLEXÃO SOBRE O IDOSO E O JOVEM SEREM SUJEITOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

CLÁUDIA GAY BARBEDO¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Identificação constitucional daqueles que estão na condição de vulneráveis e a oferta de resistência manipulada à convivência familiar – 3. As interpretações constitucional e analógica como veículos condutores da extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso e ao jovem – 4. Uma reflexão sobre o idoso e o jovem serem sujeitos de alienação parental – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em 26 de agosto de 2010, nasce a Lei 12.318/2010 cuja vigência ocorreu um dia depois, a que considera ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança e do adolescente. A interferência pode ser promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham pessoas na menoridade sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que a criança ou adolescente repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este último.

A lei em questão prevê como sujeitos de alienação parental tão somente a criança e o adolescente. Para fins legais, criança é a pessoa que tem idade inferior a doze anos e adolescente, a pessoa com idade entre doze anos e inferior a dezoito anos. Isso porque aos dezoito anos de idade a pessoa atinge a maioridade e se torna capaz, legalmente, para todos os atos da vida civil.

Ocorre que o texto legal em discussão entende que a pessoa, ao atingir a maioridade, deixa de ser sujeito de alienação parental, uma vez que a lei protege

1. Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Direito da Empresa e da Economia pela GV-Law. Professora da disciplina de Família e Sucessões do Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate International Universities, professora dos cursos de Pós-graduação em Direito de Família da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS e do IDC. Diretora executiva do IBDFAM-RS e diretora interdisciplinar jurídica do Instituto Proteger. Sócia efetiva do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS. Advogada.

apenas a criança e o adolescente. Assim, este modesto estudo propõe-se chamar a atenção dos operadores de direito e dos acadêmicos para uma reflexão sobre a temática proposta. Para que isso seja possível, faz-se necessário partirmos de um pensamento constitucional imbricado ao analógico, a fim de ser estendido o âmbito de alienação parental a outros sujeitos de direito, além da criança e do adolescente.

Significa dizer que a referida lei não só combate a interferência na formação psicológica, mas também prevê as formas de alienação parental que podem ser muitas, uma vez que o rol não é taxativo, e sim, exemplificativo. Dentre as formas exemplificativas, as seguintes estão expressamente previstas nos incisos do parágrafo único do art. 2.º da Lei de Alienação Parental, a saber:

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

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

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

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

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

Pelo presente estudo, entendem-se aplicáveis os incisos do parágrafo único do art. 2.º da Lei de Alienação Parental ao idoso e ao jovem, por meio de interpretações constitucional e analógica. Adicionalmente, verifica-se que o rol das formas de alienação parental é exemplificativo e, por isso, admite uma adequação para ser aplicado ao idoso e ao jovem. Isso porque o idoso, o jovem, o adolescente e a criança são identificados constitucionalmente como aqueles que estão na condição de vulneráveis. Prova disso, sem maiores esforços, obtém-se pela leitura do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua a especial proteção do Estado aos sujeitos vulneráveis acima identificados. Diante disso, justifica-se a possibilidade de ser estendida a Lei de Alienação Parental ao idoso e ao jovem como a seguir será demonstrada.

2. A identificação constitucional daqueles que estão na condição de vulneráveis e a oferta de resistência manipulada à convivência familiar

Primeiramente cabe explicar o porquê da utilização de uma ordem decrescente no presente texto, quando se fala do idoso até a criança e não ao contrário, ou seja,

da criança até o idoso, mais costumeiramente visto, simplesmente por respeitar a ordem cronológica e enaltecer aqueles que possuem mais experiência de vida e, por vezes, são esquecidos e ficam à margem da sociedade. Isso é só uma maneira de convocar o leitor para que faça uma leitura reflexiva sobre o assunto.

O idoso, o jovem, o adolescente e a criança constam no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988 como aqueles que merecem especial proteção do Estado, e aos quais devem ser alcançados os mesmos direitos sem discriminações, pois todos estão incluídos na ordem constitucional como vulneráveis. No caso do idoso, Cristiano Heineck Schmitt² ensina que, na situação que lhe é peculiar, acrescida de uma doença séria, por exemplo, ele se torna “hipervulnerável”, pois além de ser idoso, ele está acometido de um problema de saúde. A referida situação resulta, não raras vezes, em manipulações como a de ser afastado da convivência familiar, por exemplo.

Rodrigo da Cunha Pereira³ leciona que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era no Direito brasileiro em face da valorização da pessoa humana inclusive no núcleo familiar e por isso devem-se preservar aqueles que se encontram em situação de fragilidade, pois possuem uma posição privilegiada na família. Diante desse quadro, o idoso, o jovem, o adolescente e a criança ganham especial proteção em vários direitos, entre eles, o do objeto deste estudo que é a convivência familiar, a qual deve ser ampla e irrestrita.

No que diz respeito ao Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988, até pouco tempo, apenas mereciam especial proteção o idoso, o adolescente e a criança. Isso porque o jovem foi incluído na nova denominação do referido Capítulo por determinação da Emenda Constitucional 65/2010.⁴ Para

2. A intensa vulnerabilidade do idoso redundava numa “hipervulnerabilidade” como um paradigma a ser adotado na proteção do indivíduo mais fragilizado (SCHMITT, Cristiano Heineck. A “Hiper vulnerabilidade” do Consumidor Idoso. *Revista de Direito do Consumidor* 70/151).

3. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 126-127.

4. EC 65, publicada no Diário Oficial da União, seção 1, na data de 14.07.2010. p. 1. “Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1.º O Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal passa a denominar-se “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”. Art. 2.º O art. 227 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

fins legais, o idoso é a pessoa com idade igual ou maior a 60 anos, segundo a legislação especial que regulamenta seus direitos. Já o jovem, segundo o Estatuto da Juventude que está tramitando, seria a pessoa com idade entre 15 e 29 anos. Logo, o adolescente trata-se de pessoa com idade entre doze anos e inferior a dezoito anos, e a criança é a pessoa que tem idade inferior a doze anos. Frise-se que aos dezoito anos de idade a pessoa atinge a maioridade e torna-se capaz legalmente, para todos os atos da vida civil. Cabe abrir um parêntese para ressaltar que o Estatuto da Juventude, em tramitação, prevê que os direitos serão suplementares ao Estatuto da Criança e do Adolescente para a pessoa que tiver idade entre 15 e 18 anos incompletos, por isso, não há confronto entre as duas legislações especiais.

O jovem, o adolescente e a criança – com o advento do art. 227 da Constituição Federal de 1988 – têm assegurada a proteção integral.⁵ Originalmente, o referido diploma legal criou um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. O sistema acima indicado foi inspirado na doutrina da proteção integral, que se orienta pela ideia central de que criança e adolescente, por ainda estarem em formação de suas personalidades, são sujeitos de direitos por isso possuem absoluta prioridade em todas as relações jurídicas.⁶ Isso significa que pelo ordenamento jurídico brasileiro o jovem (incluído por meio da EC 65/2010), o adolescente e a criança passaram a possuir prioridade absoluta e, por isso, invoca-se o princípio do melhor interesse.

Já o princípio do melhor interesse do idoso está garantido no art. 230 da Constituição Federal de 1988. Heloisa Helena Barboza⁷ refere que “embora ainda não tenha merecido dos doutrinadores estudo mais aprofundado, o princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, é consectário natural da cláusula geral de tutela da pessoa humana e, por excelência, fonte de proteção integral que é devida ao idoso”. Rodrigo da Cunha Pereira⁸ reforça que “A consequência do reconhecimento de tais dispositivos como fonte de princípios é que eles informarão a interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, além de serem fonte de orientação das decisões judiciais a serem tomadas, em que envolvam crianças

(...)” (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm]. Acesso em: 30.04.2013).

5. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 68.
6. MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 49-50.
7. BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.
8. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. Cit., p. 131.

adolescentes [idoso e jovem], sem olvidar da atividade legislativa, que também deve tê-los como seu norte hermenêutico”.

Invocando-se os ensinamentos de Martha de Toledo Machado,⁹ podemos ampliar o pensamento jurídico protetivo para dizer que o idoso, o jovem, além da criança e do adolescente demandam proteção especial pela situação de vulnerabilidade, esta como noção distintiva de outros grupos de seres humanos, a qual autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade, porque são portadores de uma desigualdade inerente, e o ordenamento jurídico confere tratamento mais abrangente com a finalidade de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material. O idoso em razão do avanço da idade, não raras vezes, torna-se debilitado física e mentalmente.¹⁰ Isso não significa dizer que todo o idoso está em situação de vulnerabilidade, mas que o envelhecer adquire por si uma posição de prioridade.¹¹ O jovem, em 2010, acabou por integrar a condição de vulnerável a fim de conseguir a sua inserção rumo ao mundo adulto como protagonista para os atos da vida civil presente ou futura, pois forçoso não admitir que, para alguns casos e, em especial, os que dizem respeito ao direito das famílias, a exemplo do pedido de alimentos, a maioridade não necessariamente contempla plena capacidade para a vida adulta. O adolescente e a criança estão na condição de vulneráveis devido aos processos de formação, físico e psíquico, inerentes às suas idades, tornando-os frágeis diante das relações jurídicas.

Ocorre que a condição de vulnerável merece uma reflexão do ponto de vista da oferta de resistência manipulada à convivência familiar. O abuso de poder perpetrado por um dos genitores ou avós visando a afastar o filho ou o neto da convivência familiar já foi coibido pela Lei 12.318/2010, mais conhecida como Lei de Alienação Parental. No entanto a referida legislação entende que a pessoa, ao atingir a maioridade, deixa de ser sujeito de alienação parental, uma vez que o diploma legal protege apenas a criança e o adolescente.

Há, contudo, que se prestar atenção a situações de mudança sofridas pela família tais como a dissolução da relação conjugal seja pela morte, divórcio ou outro meio legalmente previsto e a família reconstituída,¹² pois são possibilidades

9. MACHADO, Martha de Toledo. Op. cit., p. 119.

10. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 61 e 67.

11. PEREIRA, Tânia da Silva. O Cuidado como Valor Jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103.

12. As famílias reconstituídas (ou, como preferem os argentinos, *famílias ensambladas*, *stepfamily* em vernáculo inglês ou, ainda, na linguagem francesa, *famille recomposée*) são entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior”. É o clássico exemplo das famílias nas quais um dos

que indicam, de forma recorrente, uma ruptura na vida do idoso, do jovem, do adolescente e da criança. A referência é importante, porque a alienação parental é um acontecimento frequente na sociedade atual e, segundo a doutrina, costuma ser desencadeada nos momentos de ruptura. Dessa maneira, se um dos filhos ou outro familiar qualquer que estiver por algum motivo cuidando do vulnerável não conseguir elaborar adequadamente a situação de ruptura, ele pode praticar atos abusivos como cuidador, a fim de afastar o idoso ou o jovem da convivência familiar. O idoso ou o jovem, por sua vez, refém dessa situação, podem ficar abalados psiquicamente e, devido às atitudes do cuidador, afastar-se dos demais familiares. Dessa maneira, o idoso ou o jovem podem ser utilizados como instrumentos de agressividade direcionada aos demais familiares.

O objetivo do cuidador com o afastamento dos demais familiares é o de assumir o controle total da vida do idoso ou do jovem. O idoso ou o jovem são levados a afastar-se dos demais familiares que com ele mantém uma ligação de afeto. Cabe lembrar que, no caso do jovem, para fins de aplicação do que se está a defender, faz-se necessária a maioridade, caso contrário ele já tem a proteção da Lei de Alienação Parental, a qual contempla pessoas na menoridade.

A problemática cinge-se ao caso de plena capacidade do idoso ou do jovem em qual, devido ao cuidador dificultar a convivência familiar, algum familiar pleiteia o direito de regulamentá-la. O Judiciário, quando provocado a se manifestar sobre o tema em questão, salvo raríssimas exceções, inclina-se a dizer que nada pode fazer em razão de o idoso ou jovem tratarem-se de pessoa maior e capaz. Portanto, não há como obrigá-los ao regime de convivência familiar, pois deve ser respeitada sua autonomia de vontade.

A questão a ser elucidada não é para os casos em que a resistência a pretensão é realmente originada do idoso ou do jovem, mas, sim, quando ela vem manipulada por terceiros que desejam dificultar ou obstar a convivência familiar. Nesse caso, o Judiciário deve ser cauteloso e analisar o caso concreto, inclusive com a intervenção de equipe interdisciplinar, a fim de investigar a verdade e, por fim, declarar ou não a ocorrência de alienação parental.

3. As interpretações constitucional e analógica como veículos condutores da extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso e ao jovem

Por tudo até aqui dito, verifica-se que este estudo propõe-se chamar a atenção dos operadores de direito e dos acadêmicos para uma reflexão sobre a temática

participantes é padrasto ou madrasta de filho anteriormente nascido. (FARIAS, Cristiane Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.)

proposta. Para que isso seja possível, faz-se necessário partirmos de um pensamento constitucional imbricado ao analógico, a fim de ser estendido o ato de alienação parental a outros sujeitos de direito, além da criança e do adolescente.

A interpretação constitucional é apropriada, porque a identificação de pessoas na condição de vulneráveis revela que as questões que envolvem esses sujeitos de direito não podem ser tratadas somente com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e no Estatuto da Juventude,¹³ que está para nascer. Isso porque a atuação do legislador e a dos operadores do direito deve ser inspirada na fonte maior do ordenamento jurídico brasileiro que é a Constituição Federal.

Adriane Donadel¹⁴ ensina que “a constitucionalização do direito privado é caminho inevitável que leva à obrigatória releitura do Código Civil, das leis especiais e de todo o ordenamento jurídico à luz dos preceitos da Constituição”. Logo, para que o ato de alienação parental seja estendido ao idoso e ao jovem, necessita-se fazer uma interpretação sistemática do direito, levando-se em conta a sua maior fonte que é a Constituição Federal.

O Estatuto do Idoso “visa permitir a inclusão dos idosos no Brasil, garantindo-lhes tratamento igualitário”.¹⁵ No entanto, sabemos que a inclusão dos idosos não é matéria fácil a ser tratada, uma vez que eles – apesar do Estatuto do Idoso prever uma série de prerrogativas – ainda fazem parte da classe dos excluídos. O jovem, apesar de a previsão constitucional ser de 2010, ainda está à mercê da tramitação do estatuto próprio e por ora, não tem os seus direitos regulamentados pela legislação infraconstitucional.

A família brasileira contemporânea é concebida numa ordem de inclusão social e por isso a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios orientadores do direito das famílias como o do melhor interesse do idoso, do jovem, do adolescente e da criança. Certo é que um desses interesses é o da convivência familiar.

Portanto um dos direitos de proteção integral ao idoso, ao jovem, ao adolescente e à criança que são protegidos pelo direito das famílias é o da con-

13. Projeto de Lei da Câmara .n. 00098, de 2011 - Institui o Estatuto da Juventude, dispondo sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude, o estabelecimento do Sistema Nacional de Juventude e dá outras providências. (Senado Federal. Disponível em: [www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei:pl:2004-11-25;4529]. Acesso em: 30.04.2013.)

14. DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio; USTÁRROZ, Daniel (orgs.). *Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 9.

15. SCHMITT, Cristiano Heineck. Op. cit., p. 149-150.

não tiver atingido a sua – em razão de terem atingido a plena capacidade para atos civis cuja presunção é *iuris tantum*, devendo ser respeitada a autonomia de vontade. Disso decorre a dificuldade de entender a utilização de quais ferramentas a darem visibilidade ao direito à convivência familiar que, teoricamente, é negado por seres humanos adultos e capazes, mas que, na situação real, eles ofertam uma resistência manipulada por terceiros. A tarefa não é fácil, mas possível dentro de uma visão sistêmica.

A respeito do assunto cabe uma breve digressão. No que toca aos alimentos previstos no Código Civil, muito se discutiu sobre exoneração automática, quando o filho atingisse a maioridade. A matéria restou superada por meio da Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça.²⁰ Contudo Yussef Said Cahali²¹ ensina que, com base na preservação da jurisprudência pretoriana, é possível a extensão temporária do dever de sustento inerente à autoridade parental (poder familiar) em face do prematuro advento da maioridade estabelecida no Código Civil vigente para em determinadas situações, estender os alimentos após os 18 anos. A corroborar com a preocupação acima, Rolf Madaleno²² leciona que “a experiência mostra um prolongamento das diferentes e mais exigentes etapas de formação dos filhos e um consequente retardo no ingresso de suas vidas profissionais”. Essa situação permite pensar na autoridade parental para além da maioridade. Prova disso, na generalizando, é uma das frases clássicas ditas pelos pais aos filhos na maioridade: “enquanto eu pagar as tuas contas, quem manda em ti sou eu”.

Diante desse contexto, o processo de estruturação de um jovem acaba, por vezes, fazendo dele um refém do sistema. O exercício da autoridade parental continuada, após a maioridade, cuja constatação prática é recorrente, em alguns casos, tem força para afastar filhos da convivência familiar. Exemplo disso, é o caso de Rafaella, no documentário “A Morte Inventada”, direção de Alan Minas, o qual revela o drama de pais e filhos que tiveram seus laços rompidos por uma separação conjugal malconduzida, vítimas de alienação parental. Na idade próxima aos 25 anos, a jovem mostra-se inconformada com a situação que vivenciou e inconsolável por ser responsável por suas escolhas, entre elas, a de romper com a mãe alienadora para ter o direito à convivência familiar com o pai alienado. A atitude da jovem faz lembrar o livro “A Escolha de Sofia”, de William Styron,²³ no qual a prota-

20. Súmula 358 do STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

21. CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 465.

22. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 905.

23. Nesse sentido ver STYRON, William. *A Escolha de Sofia*. Trad. Vera Neves Pedrosa. São Paulo: Geração Editorial, 2010.

nesta viu-se forçada a optar entre duas alternativas igualmente insuportáveis a de mandar um dos filhos para a câmara de gás e, no caso de Rafella, a de romper com o pai ou com a mãe.

Chama-se a atenção, no presente estudo, para o fato de que na prática, não raras vezes, em caso de dissolução conjugal – seja divórcio ou morte do cônjuge/companheiro ou outro meio legalmente previsto –, a pessoa com idade avançada acaba ficando sob os cuidados de um dos filhos ou de um familiar qualquer, e este, na condição de cuidador, pode promover ou induzir para que o idoso repudie o outro familiar ou causar prejuízo à convivência na família. Diante disso, na hipótese de o cuidador do idoso ser apenas um dos filhos ou o novo cônjuge/companheiro, aos demais familiares cabe o direito à convivência familiar.

Por tudo que foi dito, se por algum motivo injustificado for dificultada ou impedida a convivência familiar, é indicativo de alienação parental e, diante disso, a legislação, por analogia, deve ser estendida ao idoso e ao jovem para ser aplicado ao alienador o rol estampado nos incisos do art. 6.º da Lei 12.318/2010.

Dessa maneira, o alienador pode, cumulativamente ou não e de forma exemplificativa: (a) ser advertido a respeitar o regime de convivência familiar ampliado em favor dos familiares alienados, sob pena de aplicação de multa por descumprimento; (b) ser submetido a acompanhamento psicológico ou biopsicossocial; (c) pagar indenização e responder ao ato, se for preciso, com o seu próprio patrimônio.

Quanto à convivência familiar, tem-se que é um direito fundamental, porque o rol do art. 5.º da Constituição Federal é meramente exemplificativo, uma vez que os direitos e garantias lá expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.²⁴ Por isso, em caso de inobservância da convivência familiar, pode haver a advertência para a forma ampliada de convívio, sob pena de aplicação de multa por descumprimento. No caso de acompanhamento psicológico ou biopsicossocial, cabe referir a posição de Maria Regina Fay de Azambuja²⁵ no que toca aos laudos e pareceres, os quais devem “oferecer propostas de encaminhamento ao conflito que desembocou no sistema de Justiça, sob pena de servirem unicamente para acirrar os ânimos e atribuir culpa de um ou de outro, negligenciando, mais uma vez, a proteção da criança [idoso e jovem]”. Para o caso da indenização deve ser aplicada como precedente judicial, por analogia, a contrário senso, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração o ilícito pelo rompimento de laços familiares provocado pelo alienador:

24. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 673.

25. AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A Criança no Novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 293.

*“Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes a responsabilidade civil e o consequente 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/1988. 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, exsurgindo, 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”²⁶ [Grifo nosso].*

Significa dizer que, se há precedente judicial que dá conta do dever de indenizar pela falta de cuidado, igualmente é certo que o rompimento de um filho com o pai ou mãe por culpa do outro genitor evidencia a reparação do dano diante do abandono manipulado ou da morte inventada. Uma parte da doutrina já se manifesta pela possibilidade de indenização diante da alienação parental.²⁷

A dar efetividade ao caráter a que a indenização se propõe, deve haver o aprimoramento da Lei 8.009/1990, a fim de integrar ao rol das exceções à impenhorabilidade, catalogadas em seu artigo 3.º, o caso da indenização por alienação parental. Isso se justifica porque a alienação parental é um ato abusivo de direito e de consequências violentas em face de suas especificidades. Portanto, a convivência familiar como direito fundamental reclama efetividade normativa, a fim de rechaçar a alienação parental com mão de ferro e para isso faz-se necessário chamar o Estado – o qual está constitucionalmente comprometido em assegurar proteção integral aos sujeitos vulneráveis – ao dever de adoção de medidas legislativas que

26. STJ, REsp 1159242/SP, 3.ª Turma, j. 24.04.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJP 10.05.2012.

27. ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano Moral e Direito das Famílias*. Florianópolis: Voxlagem, 2012, p. 215-224.

promovam o acesso à convivência familiar e reforcem a coibição de atos abusivos. Tem-se que viver pouco, muito ou parte de uma vida alienado de seus entes queridos resulta no dever de indenizar e de responder ao ato, se for preciso, com o seu próprio patrimônio.

Isso porque a alienação parental é uma situação que guarda suas especificidades, por isso deve ser excepcionada a regra do artigo 1.º da Lei 8.009/1990 da impenhorabilidade do bem de família no que diz respeito a uma indenização devida e impaga. Araken de Assis²⁸ refere que, de regra, todos os bens são penhoráveis, salvo disposição legal em contrário. Diante disso, deve se utilizar da ponderação para verificar qual é a atitude mais gravosa: a morte de um parente vivo ou a penhora do único patrimônio? Diante dessa circunstância, parece razoável que o alienador responda ao ato abusivo com o seu único patrimônio, sob pena de valer-se da própria torpeza, ou seja, mata um parente vivo – porque o tempo de afastamento não se recupera, está perdido – e ficar ileso no caso de a ação indenizatória ser julgada procedente.

A convivência familiar é um modo de vida que reclama uma defesa devotada. Portanto, nas palavras de John Rawls,²⁹ ao tratar a justiça como equidade, refere que “o justo estabelece os limites, o bem indica a finalidade”. Humberto Ávila,³⁰ quando trata da diferença entre princípios, ensina que a razoabilidade como equidade pode ser utilizada para a correção de uma regra jurídica. A equidade no sentido de ser injusta uma tutela de direito à propriedade do alienador em detrimento do tempo perdido de convivência familiar do alienado ou da pessoa que foi utilizada como instrumento de manipulação e que, quiçá, jamais será restabelecido em face das intermitências da vida. Acredita-se, não mal comparando, que a morte de um parente vivo equivale à atitude do herdeiro indigno que de alguma forma tenha participado de homicídio doloso ou tentativa deste contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente e por isso pode ser excluído da herança, exatamente no sentido de que a torpeza não pode sobrepor-se ao direito patrimonial. A ideia da indenização com a possibilidade de penhora do único patrimônio é a de reforçar a inibição da prática de ato de alienação parental, e não a de tornar monetária a relação familiar.

Dessa maneira é plausível (re)pensar o aprimoramento da Lei 8.009/1990 para a concretude do direito posto sob o manto da razoabilidade como equidade. Isso se justifica tanto por a proteção constitucional abraçar a convivência familiar como um direito fundamental quanto pelas consequências trágicas causadas pela

28. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11.ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 216.

29. RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 199.

30. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153-157.

inobservância desse preceito que merece especial proteção do Estado e que assola as relações interpessoais. Portanto a articulação do Direito com a situação fática aqui apresentada tenciona a construção de um pensamento jurídico a contemplar o direito daquelas pessoas que foram afastadas do convívio familiar pela ofensiva resistência do vulnerável manipulada por um terceiro, uma vez que dita manipulação põe fim a qualquer suspeita de violação da autonomia de vontade.

5. Considerações finais

O presente estudo visa a uma reflexão sobre o idoso e o jovem serem sujeitos de alienação parental, quando a resistência à convivência familiar decorrer da manipulação de terceiros e não da vontade dos dois primeiros. Assim, demonstrou-se que o idoso e o jovem podem sofrer atos abusivos por parte de terceiros, o que é indicativo de alienação parental e, por isso, a legislação, por analogia, deve ser estendida para ser aplicado ao alienador o rol estampado nos incisos do art. 6^o da Lei 12.318/2010.

Dessa maneira, o alienador pode, cumulativamente ou não e de forma exemplificativa: (a) ser advertido a respeitar o regime de convivência familiar ampliado em favor dos familiares alienados, sob pena de aplicação de multa por descumprimento; (b) ser submetido a acompanhamento psicológico ou biopsicossocial; (c) pagar indenização e responder ao ato, se for preciso, com o seu próprio patrimônio.

A possibilidade de ser estendida a Lei de Alienação Parental ao idoso e ao jovem é uma das formas de assegurar a proteção garantida à convivência familiar deles com os demais familiares. À convivência familiar do idoso e do jovem, além do adolescente e da criança deve ser preservada, cuidada, para que possa, por exemplo, durar a vida toda. Essa é uma das formas de respeitar o preceito consubstanciado no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988, de maneira a assegurar, com prioridade absoluta, ampla e irrestrita convivência vulnerável-familiar. Portanto resulta em dar efetividade plena à doutrina da proteção integral para proteger o idoso e o jovem, além do adolescente e da criança.

6. Referências bibliográficas

- ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A Criança no Novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57-71.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Rev. Claudio De Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- CARPINEJAR, Fabrício. O Oceano e Uma Conchinha. *Zero Hora*. Porto Alegre, 31.03.2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DONADEL, Adriane. Efeitos da Constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio; USTÁRROZ, Daniel (orgs.). *Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FILHO, Rodolfo Pamplona. *Amor de Pai*. Salvador: Paginae, 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O Cuidado como Valor Jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90-118.
- RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano Moral e Direito das Famílias*. Florianópolis: Voxlagem, 2012.
- STYRON, William. *A Escolha de Sofia*. Trad. Vera Neves Pedroso. São Paulo: Geração Editorial, 2010.
- BRASIL. Senado Federal. Disponível em: [www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:emenda.constitucional:2010-07-13;65]. Acesso em: 30.04.2013.
- BRASIL. Senado Federal. Disponível em: [www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei:pl:2004-11-25;4529]. Acesso em: 30.04.2013.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. A "Hipervulnerabilidade" do Consumidor Idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 18. n. 70. p. 139-171. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2009.