

**FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL
DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE
FAMÍLIA E DO TRABALHO
2018 – Vol. 2**

**Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior
Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida
Prof. Walter Cândido dos Santos
Organizadores**

**Organizadores
Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior
Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida
Prof. Walter Cândido dos Santos**

**FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS
DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO
TRABALHO
2018 – Vol. 2**



VirtualBooks Editora

APRESENTAÇÃO

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO 2018 – Vol. 2. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 223p.

ISBN: 978-85-434-1593-2

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com
<http://www.virtualbooks.com.br>

A coleção MONOGRAFIAS reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Programa de Pós-graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Trata-se de um trabalho conjunto entre coordenação, corpo docente e corpo discente da graduação e da pós-graduação em Direito da referida Universidade, localizada no interior do Estado de Minas Gerais, cidade educativa, por excelência.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A Universidade de Itaúna tem conseguido manter, de maneira sólida, o relacionamento entre a Graduação e o seu

Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica de seus alunos.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo. Sem produção de conhecimento não há desenvolvimento econômico e social em nenhuma comunidade.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

O importante é que todos os discentes entendam que a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento intelectual pessoal, como também, para o crescimento institucional e social.

Os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bachareis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da*

esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa**
Morais
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de
Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais

SUMÁRIO

O DANO MORAL E O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Jaqueline Duarte Gaia¹

**O DANO MORAL E O ASSÉDIO SEXUAL NAS
RELAÇÕES TRABALHISTAS / 8**
JAQUELINE DUARTE GAIA

**A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL E A UNIÃO
ESTÁVEL / 61**
LUANA ALVES FERREIRA

**ALIENAÇÃO PARENTAL: UM ESTUDO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENADOR
FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO
MENOR / 121**
PAULA MARTINS SANTOS FLORES

**A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS
/ 170**
MATHEUS ANTÔNIO COSTA CARDOSO

**DO PROCEDIMENTO PARA ADOÇÃO NA
SOCIEDADE BRASILEIRA / 209**
INGRID CRISTHINA MATOS MOREIRA E SOUZA

RESUMO

O assédio sexual é um fato que infelizmente não é raro de ocorrer nas relações de trabalho. Frequentemente, os tribunais enfrentam demandas envolvendo o assédio sexual, que é um assunto tão delicado e complexo, haja vista o constrangimento que pode provocar ao trabalhador, a sua família, etc. Para a caracterização do assédio sexual é necessário que exista a prática reiterada de atos e investidas com conteúdo sexual, na relação de emprego, bem como deve haver resistência e intolerância do assediado. O assédio sexual é uma conduta lesiva que afeta não apenas o psíquico da vítima, mas também sua atividade, seu desempenho, entre outros. Pode-se dizer que o assédio sexual tem como consequência, em razão do ilícito que é um dano moral. Em hipótese alguma se pode admitir o abuso do poder ou outro fato em desfavor dos direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, etc. No entanto, no caso de sua ocorrência, eventual indenização por dano moral decorrente deverá ser aplicada como forma de punição do agente e ao mesmo tempo, como método pedagógico, para que condutas desta espécie não se repitam. O assédio sexual é uma conduta extremamente reprovável no ordenamento jurídico brasileiro, com consequências gravíssimas, tanto é que constitui crime tipificado no Código Penal brasileiro.

Palavras-chave: Assédio Sexual. Direito do trabalho. Danos Morais. Justiça do trabalho.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

1 INTRODUÇÃO

O assédio sexual é um tema relativamente frequente em nossos tribunais e vem ganhando cada vez mais relevância e repercussão nos ambientes de trabalho e no meio jurídico, haja vista que não se pode tolerar um tipo de conduta desta, especialmente sendo o ordenamento jurídico brasileiro um garantidor dos direitos e garantias fundamentais, especialmente em relação aos direitos sociais e à dignidade da pessoa humana. (DELGADO, 2015).

Não raras vezes, o assédio sexual evidencia-se em relações hierárquicas autoritárias, nas quais predominam condutas negativas, desumanas, antiéticas e de longa duração, não obstante, ao contrário do assédio moral, também pode ocorrer entre trabalhadores com o mesmo nível hierárquico, conforme será mais bem analisado neste trabalho. (DELGADO, 2015).

O assédio sexual é um assunto tão sério que se encontra tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, embora trate como crime apenas o assédio sexual praticado por pessoa com chefes ou dirigentes, ou seja, por pessoa com grau hierárquico superior que o assediado. (RESENDE, 2014).

É cediço que o trabalho faz parte da rotina do ser humano e proporciona-lhe o sustento necessário para viver, trazendo-lhe não apenas satisfação financeira, mas também lhe promove a integração social, qualidade de vida, felicidade, etc. (RESENDE, 2014).

Neste sentido, é imprescindível compreender o indivíduo nas organizações de trabalho como seres complexos e não somente enquanto um recurso a ser explorado. O trabalhador deve ser visto como uma pessoa digna, merecedora de todo o respeito e capaz de bem desempenhar suas atividades, mesmo com todas as adversidades que existem no ambiente de trabalho. (DELGADO, 2015).

Na proteção ao trabalhador não se deve dar importância apenas ao aspecto material, restringindo-se as questões da

garantia do emprego ou das condições físicas e econômicas do trabalho. A proteção do trabalhador deve ser integral, abrangendo-se, inclusive, o aspecto moral e psicológico do obreiro. (RESENDE, 2014).

De fato, a proteção moral do trabalhador está relacionada a um bem maior, que é o direito de ter uma vida digna e ter preservados os direitos da personalidade e a integridade psíquica. (RESENDE, 2014).

Indubitavelmente, o assédio sexual no ambiente de trabalho é uma das principais causas de dano moral no âmbito do Direito do Trabalho, devendo ser severamente punidas todas as condutas que exorbitam os limites do direito de direção do empregador e que ferem a dignidade do trabalhador, coagindo-o moralmente. (RESENDE, 2014).

A dignidade da pessoa humana está expressamente garantida na Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, no artigo 1º, inciso III, sendo assim, a prática de assédio moral viola demasiadamente a dignidade do trabalhador, que se vê desprovido de sua honra, seu respeito, além de ter comprometida sua saúde. (DELGADO, 2015).

Verifica-se que há uma necessidade urgente quanto à discussão do tema para que sejam tomadas medidas jurídicas eficazes capazes de coibir essa prática. (RESENDE, 2014).

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância para o trabalhador. Este princípio foi consagrado na Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, como forma de promoção dos direitos humanos e da justiça social. (RESENDE, 2014).

Este princípio é o mais universal de todos os princípios, do qual irradiam todos os demais, sendo o centro axiológico da natureza humana, significando dignidade para todas as relações de trabalho. (RESENDE, 2014).

O assédio moral afronta o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, incisos III, da CF/1988), deste modo, para melhor compreensão deste trabalho, torna-se imprescindível analisá-lo. (RESENDE, 2014).

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial comum a todos os indivíduos, como membros iguais do gênero humano, impondo um dever geral de respeito e proteção. (NASCIMENTO, 2011).

Segundo Amauri Mascavo do Nascimento (2011):

A dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais. (NASCIMENTO, 2011, p.462).

A dignidade é o fundamento do sistema constitucional, comportando-se como o corpo axiológico de todos os direitos individuais, sendo o prisma de todo o ordenamento jurídico. (NASCIMENTO, 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana decorre da disposição do art.1º da Constituição Federal (BRASIL 1988) de 1988, com posição de princípio maior, por ser fundamento do Estado Democrático de Direito. A propósito:

Entende-se pelo princípio da dignidade humana a noção de que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio para atingir determinado objetivo. Veda-se,

assim, a *coisificação* do homem, e, no caso específico do direito laboral, a *coisificação* do trabalhador.

Em outras palavras, não se admite seja o trabalhador usado como mero objeto, na busca incessante pelo lucro e pelos interesses do capital. (RESENDE, 2014, p.86).

E no mesmo sentido, é o entendimento de Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2012):

Especificamente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, algumas considerações adicionais: trata-se do valor-fonte, isto é, do *valor supremo* consagrado dentro da ordem constitucional e que congrega todos os direitos fundamentais do homem (José Afonso da Silva). Até porque o indivíduo é o objetivo principal da ordem jurídica. O princípio, porém, não tem – nem seria apropriado que tivesse – um conteúdo normativo específico ou historicamente enclausurado. Contudo, o princípio importa na total repulsa do constituinte a quaisquer normas ou práticas a colocar alguma pessoa em posição de inferioridade substancial perante as demais, assim como em situação na qual se lhe desconsidere a condição de humano, seja para reduzir ou assemelhar a pessoa à condição de “coisa”, seja para privá-la dos meios

minimamente necessários à subsistência com dignidade. (BERNARDES; FERREIRA, 2012, p.70).

Portanto, sendo a dignidade da pessoa humana uns dos fundamentos da República, o valor da dignidade da pessoa humana deve ser visto como “[...] o absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, assegurando-se condições dignas de existência para todos”. (PINHO, 2011, p. 27).

A prática no assédio moral comina no desrespeito dos direitos fundamentais, ferindo, principalmente, a dignidade do trabalhador, transformando-o em simples ferramenta do processo de trabalho, desconsiderando que este é um sujeito de direitos, que deve ser tratado em sua plenitude. (NASCIMENTO, 2011).

Não se pode olvidar que cabe ao Estado o dever de assegurar aos cidadãos o mínimo para viverem dignamente, o que inclui o direito a ter um trabalho digno. Assim, presume-se que o Estado tem a obrigação de realizar políticas de proteção ao trabalhador mais eficientes, principalmente em relação ao assédio moral, que muitas vezes é de difícil constatação e ocorre de forma silenciosa, ficando sem a correta punição. (NASCIMENTO, 2011).

3 A RELAÇÃO DE EMPREGO

A evolução do Direito do Trabalho no Brasil, diferentemente do que ocorreu em outros países do mundo, não ocorreu em decorrência de lutas de classes. Podemos dizer que as lutas para estabelecimentos de regras, inicialmente foram criadas pelo Governo visando à proteção para a coletividade dos trabalhadores. Antecedendo à Legislação Trabalhista, tínhamos regulando as Relações de Trabalho, o Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916, com 22 artigos, regulando as

atividades do trabalho subordinado, por conta de outrem. (MARTINS, 2014).

Em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, pelo Tratado de Versalhes (OIT, 1919), visando à necessidade de assegurar aos homens, universalmente o direito à dignidade da pessoa humana e principalmente o respeito ao seu trabalho. No Brasil, após várias transformações no seio social e buscando uma maior integração entre o capital e o trabalho, deu-se relevância especial aos problemas sociais relacionados às relações trabalhistas com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, através do Decreto-Lei nº 5.452 (BRASIL, 1943), de 01 de maio de 1943, que expõe em seu artigo 1º o que se segue:

Art. 1º Fica aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, que a este decreto-lei acompanha, com as alterações por ela introduzidas na legislação vigente.

Parágrafo único. Continuam em vigor as disposições legais transitórias ou de emergência, bem como as que não tenham aplicação em todo o território nacional. (BRASIL, 1943, *online*).

É o vínculo de obrigações existente entre o trabalhador e o empregador. O que caracteriza a relação de emprego é a dependência em que o trabalhador diante ao empregador. Esse vínculo de dependência ou subordinação distingue a relação de emprego de outras relações de trabalho. Na relação de emprego, é necessário proteger o trabalhador com uma superioridade jurídica a fim de compensar sua inferioridade econômica em relação ao empregador. (GUIA DE DIREITOS, 2016).

3.1 Relação de Trabalho x Relação de Emprego

Inicialmente, devemos analisar e definir a relação de emprego, que surgiu acerca da criação de uma legislação trabalhista, imposta para defender o direito dos empregados. (MARTINS, 2014).

Devemos expor a Relação de Trabalho versus Relação de Emprego, visto que o Direito enxerga distinção entre as duas definições e que se pode dizer que toda relação de emprego é, também, uma relação de trabalho; o inverso, entretanto, não é verdade, pois nem toda relação de trabalho corresponde a uma relação de emprego, segundo defende os doutrinadores. (MARTINS, 2014).

Assim sendo, temos como definição:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero, a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano,

objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de trabalho ora vigorantes. (DELGADO, 2015, 287-288)

Relação de trabalho é o gênero que compreende o trabalho autônomo, eventual, avulso, etc. Relação de emprego trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador. A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a relação de empregados. A Justiça do Trabalho, de modo geral, julga questões de empregados. (MARTINS, 2014, p.94)

3.2 Caracterização da Relação Empregatícia

Depois de entender as diferenças acerca da relação de trabalho versus relação de emprego, passa-se a dirigir o estudo para as características da relação empregatícia, visto que é de extrema relevância para entendermos os contratos trabalhistas.

Maurício Delgado Godinho (2015) defende a ideia de que a caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que

propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. Ele ainda fala que é procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego. (DELGADO, 2015)

Assim:

A prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada. Mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura relação de emprego (ou, se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC n. 45/2004 (novo art. 114, CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho. (DELGADO, 2015, p.289).

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais

modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. (DELGADO, 2015).

O doutrinador Leandro do Amaral D. Dornelles (2002), cita como característica marcante da relação de emprego a interligação e a interdependência entre dois sujeitos perfeitamente identificados. O complexo de direitos e deveres resultantes da relação jurídica estabelecida recai sobre empregado e empregador, sendo que a definição ou identificação de um guarda absoluta interdependência com a definição do outro.

Ainda seguindo essa linha de conhecimento, pode-se constatar que a relação de emprego é uma espécie da relação de trabalho e para caracterizá-la, deverão estar presentes alguns requisitos básicos. (MASCARENHAS, 2016).

Assim:

Sabe-se que a relação empregatícia é tomada por elementos fático-jurídicos, sem os quais não seria possível a formação e configuração da relação de emprego. Formação essa que se dá na relação entre empregado e empregador. Tais elementos são compostos por cinco fatores: 1) Trabalho por pessoa física; 2) Pessoalidade; 3) Não-eventualidade; 4) Onerosidade; 5) Subordinação. (MASCARENHAS, 2016, *online*).

3.3 A Relação de Emprego e o Contrato de Trabalho

Relação de emprego é espécie, trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador. Após as análises dos estudos acima e de entendermos o que é a

relação de emprego e as suas características individuais, bem como as diferenças da mesma e da relação de trabalho, devemos agora compreender a relação empregatícia juntamente com o contrato de trabalho. (MARTINS, 2014).

A lei brasileira define a relação entre empregado e empregador como um contrato, mas afirma que o contrato corresponde a uma relação de emprego. A relação de emprego é realmente contratual, ou seja, é uma manifestação de vontade. (MARTINS, 2014).

Não se pode dizer que o contrato de trabalho é algo que corresponde à relação de emprego. Se o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, não é igual à relação de emprego, pois a lei emprega o verbo correspondente. Se o corresponde, não representa a mesma coisa. Ou é a relação de emprego ou não é. Uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo. A referida definição nada explica, representando, na verdade, um círculo, vicioso. O contrato cria uma relação jurídica, não podendo a ela corresponder. Aliás, não é função da lei estabelecer definições, que já não são inclusive discutíveis na doutrina. O contrato é, inclusive, fonte de obrigações, gerando, em consequência, direitos. A Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) ajuda a confundir o assunto, ora usando a expressão relação de emprego (§ 1º do art. 2º, art. 6º), ora empregando contrato de trabalho (arts. 443, 445, 448, 451, 468, 477, § 3º do art. 651), ora relação de trabalho (art. 477), ora vínculo empregatício (parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho). (MARTINS, 2014).

Conforme as palavras da doutrinadora Aline Monteiro de Barros, “a relação jurídica da relação de emprego é quando pelo menos duas pessoas obrigam-se reciprocamente a estabelecerem direitos e deveres entre si, mediados pelas disposições existentes em uma norma reguladora”. (BARROS, 2016, p.179).

Já conforme estabelece Orlando de Almeida Secco (2007, p.93), “são quatro os elementos essenciais da relação

jurídica, quais sejam: sujeitos (ativo e passivo), vínculo jurídico e objeto”.

Entende-se então que o empregador está na figura do sujeito ativo, o credor da obrigação principal, pois faz proveito do trabalho assalariado e subordinado do empregado, que por seu turno representa o devedor da obrigação principal, sendo o trabalho pessoal, não eventual, assalariado e mediante subordinação jurídica o objeto da relação jurídica empregador-empregado, que se manifesta através do “Contrato Individual de Trabalho”, que passa a ser o vínculo jurídico da referida relação. (MARTINS, 2014).

É sabido de que o empregador dota de um poder econômico e de direção maior do que o seu empregado, dessa maneira, os legisladores trabalhistas foram extremamente rigorosos ao estabelecerem as regulamentações e direitos dos empregados, para os protegerem contra os possíveis abusos de poder dos empregadores. Isso explica o fato de os contratos trabalhistas terem regras impostas por lei e por possuírem cláusulas que ajustam os direitos e obrigações tanto dos empregados, quanto dos empregadores. (MARTINS, 2014).

Em relação à limitação e à liberdade de ajustar cláusulas contratuais do trabalho, muitos doutrinadores começaram a questionar a ideia de contrato, partindo do pressuposto de que faltava a vontade. Assim:

Como é sabido, estas regras impostas pela lei são de ordem pública, cogentes e imperativas. Logo, as partes não podem delas dispor. Tal fato limita sobremaneira a autonomia de vontade dos contratantes, reduzindo a capacidade de ajustar. São verdadeiros contratos regulamentados, como chamava Savatir. Este excesso de dirigismo estatal limitativo da autonomia dos contraentes também

ocorre em outros contratos, como o de seguro, transporte, locação consumidor, etc., logo, não é um fenômeno peculiar do Direito do Trabalho. (CASSAR, 2014, p.233).

Dessa maneira vão aparecer diversas correntes impostas por doutrinadores, pois alguns começam a defender então, a ideia de relação de trabalho, em substituição ao que chamamos de contrato de trabalho, pois dessa maneira, não teríamos a ideia contratualista, visto que eles acreditavam que se não existe a vontade, não pode existir a ideia de um contrato. (CASSAR, 2014).

Em contramão a essa ideia, outros doutrinadores já prefeririam acreditar que o empregado está inserido no empreendimento do empregador, sendo assim, o mesmo não ajusta e nem contrata, mas o insere na sua instituição, delimitando algumas regras a serem seguidas e consequentemente aceitas pelos empregados, na maneira em que tiverem a livre escolha de aceitar trabalhar naquela instituição em específico, sabendo das condições de trabalho que seriam impostas para ele. (CASSAR, 2014).

Com base nas ideias explicadas anteriormente, entendemos agora que a relação de emprego e consequentemente o contrato de trabalho, caracterizam um negócio jurídico. (CASSAR, 2014).

3.4 Natureza Jurídica da Relação de Emprego

[...] encontrar a natureza jurídica de uma figura do Direito (como a relação empregatícia) consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contraponto-os, em seguida, ao conjunto mais próximo

de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no Direito. (DELGADO, 2015, p. 311).

Relação de Trabalho é toda a relação jurídica na qual alguém se obriga a trabalhar para ter um resultado esperado, ou para a entrega da própria força do trabalho. A Relação de trabalho tem caráter genérico, referindo-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação em uma obrigação de fazer, consubstanciada em trabalho humano. A expressão engloba a relação de emprego, a relação autônoma de trabalho, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e de trabalho temporário. (CASSAR, 2014).

A relação de emprego tem hoje definição bem precisa. No art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, é conceituado o empregado como pessoa física, que presta serviço não-eventual, sob dependência deste e mediante salário. De outro lado, há o art. 2º também da Consolidação das Leis do Trabalho que define o empregador, com ênfase para a assunção dos riscos da atividade econômica. (CASSAR, 2014).

O jurista José Affonso Dallegrave Neto caracteriza a relação de emprego como espécie do gênero relação de trabalho e por relação de trabalho pode-se dizer qualquer liame jurídico que tenha por objeto a prestação de serviço de um determinado sujeito, pessoa física ou jurídica, a um determinado destinatário. A categoria é ampla e abrange inúmeras espécies, tais como a empreitada, o locador de serviço, o artífice, o trabalho prestado por profissional liberal, o trabalho avulso, o serviço eventual e autônomo, o temporário, o representante comercial, o funcionário público e, também, o trabalho do empregado subordinado, entre outros. A relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho e corresponde à prestação de serviço subordinado por uma determinada pessoa física. O elemento subordinação é, pois, indissociável da relação de emprego. (DALLEGRAVE NETO, 1998).

Após o entendimento acerca da relação de trabalho e da relação de emprego, é sabido de que a relação de emprego é contratual. Analisamos que existem diversas correntes que tem como objetivo explicarem a natureza da relação jurídica, visto que existem algumas divergências em torno da veracidade do contratualismo existente na relação de emprego. As teorias em questão, serão discutidas nos capítulos que se seguem. (CASSAR, 2014).

3.4.1 Teoria contratualista

A teoria contratualista considera a relação entre empregado e empregador um contrato. É a teoria prevalecente, contida na Consolidação das Leis Trabalhistas. O empregador pelo seu poder de direção e financeiro é a parte mais favorecida e o contrato de trabalho é estabelecido por ele. Mas o empregado pode discutir o que foi estabelecido nesse contrato, como aumento de salário por exemplo. (CASSAR, 2014).

Nesse sentido, temos o que se segue, nas palavras de Vólia Bonfim Cassar (2014):

Enquanto os anticontratualistas negam a influência da vontade e os acontratualistas a desprezam, os contratualistas afirmam sua essencialidade. Por isso a teoria contratualista entende que o ajuste é fundamental para o início da relação de emprego, pois sem a vontade dos contratantes ela não se constitui, já que o pretendente empregado tem que aceitar as condições oferecidas para o emprego e o chefe da empresa escolher aquele trabalhador, mesmo quando a lei imponha regras mínimas que não podem ser derogadas pelas partes. Esta

foi a teoria adotada pela CLT. (CASSAR, 2014, p.237).

A teoria contratualista entende que o contrato de trabalho e tem natureza contratual. Trata-se de um contrato, pois depende única e exclusivamente da vontade das partes para sua formação. Há um ajuste de vontade entre as partes. Os efeitos do contrato não derivam apenas da prestação de serviços, mas daquilo que foi ajustado entre as partes. A execução é decorrente do que foi ajustado. (ARAÚJO, 2001).

Hueck e Nipperdey (1963, p.105 *apud* MARTINS, 2014), afirmam que a relação jurídica de trabalho é constituída e modelado pelo contrato. A celebração do pacto investe empregado e empregador em direitos e deveres. A relação de trabalho corresponde a uma situação de fato, resultante da efetiva prestação do serviço, e é chamada de relação de trabalho fática.

3.4.2 Teoria anticontratualista

Não afirma nem nega a existência o contrato, pois não se preocupa com tal fato. Defende que a simples aceitação pelo empregado de ingresso na empresa basta para a existência da relação de emprego. Uma nuance desta ideia acontratualista é a teoria do ato-condição, que explica que o ingresso do empregado na empresa é uma condição. Uma vez atingida, a consequência é a incidência do estatuto legal, normativo ou convencional, que será aplicado automaticamente ao empregado. (CASSAR, 2014, p.236).

A teoria anticontratalista defende que não existe relação contratual entre empregado e empregador. O empregador impõe suas condições e o empregado adere a elas. A referida teoria pode ser dividida em: da instituição e da relação de emprego ou incorporação. (CASSAR, 2014).

Em relação á teoria da instituição, Maurice Hauriou (1925, p.10 *apud* MARTINS, 2014, p.99) afirma que a instituição é:

[...] uma ideia de obra e empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia um poder se organiza, o qual se investe de órgãos; de outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão, que são dirigidas pelos órgãos investidos do poder e que são regulados por processos adequados.

Na instituição a regra é a hierarquia que o estatuto é o reflexo da instituição. A doutrina assevera que a empresa é uma comunidade de trabalho, marcada por um interesse superior comum a todos seus membros, havendo, em consequência, uma situação estatutária e não contratual entre as partes do referido pacto, em que o estatuto prevê as condições do trabalho e, mediante o poder de direção e disciplinar do empregador. (MARTINS, 2014).

Na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), a concepção institucionalista é encontrada no art. 2º, quando menciona que o empregador é empresa, quando na verdade o empregador é pessoa física ou jurídica, e também nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), quando mencionam que a mudança na estrutura jurídica da empresa ou em sua propriedade não alteram os direitos

adquiridos pelos empregados ou seus contratos de trabalho, porque o empregador é a empresa.

Seguem os respectivos artigos mencionados, para explicar a referida concepção institucionalista:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

[...]

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. (BRASIL, 1943).

Já a teoria da relação de emprego (ou incorporação) parte do princípio de que a vontade, e desse modo á liberdade não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. A prestação de serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seriam as fontes das relações jurídicas de trabalho e não a vontade das partes, em especial do obreiro. (MARTINS, 2014).

A relação empregatícia seria uma situação jurídica objetiva, cristalizada entre trabalhador e empregador, para a prestação de serviços subordinados, independentemente do ato ou causa de sua origem e detonação (Mario de La Cueva). O simples fato da prestação de serviços seria ao elemento

essencial e gerador de direitos e obrigações na ordem jurídica. (DELGADO, 2015).

4 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

O capítulo que se segue, irá abordar os temas do contrato individual de trabalho, responsável por reger as relações entre o empregado e o empregador. O referido tema se encontra expresso no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que diz: “Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. (BRASIL, 1943).

4.1 Conceito

Existe um vínculo empregatício, que é exatamente o que definem a relação do contrato de trabalho, e que são importantes para elucidarem a prestação dos serviços que serão oferecidas do empregador, que pode ser pessoa física ou jurídica, para o empregado, pessoa física. (DELGADO, 2015).

Identificados seus elementos componentes e o laço que os mantêm integrados, define-se o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços. (DELGADO, 2015).

Devemos atentar-nos as condições de trabalho, que são aplicadas na relação exposta acima e ressaltar que para que ocorra a caracterização da prestação de serviço, deverá haver uma subordinação hierárquica e pagamento de uma contraprestação, denominada salário. (DELGADO, 2015).

Também pode ser definido o contrato empregatício como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador. A definição, portanto,

constrói-se a partir dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia, deflagrada pelo ajuste tácito ou expresso entre as partes. (DELGADO, 2015).

É exposto na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º e 3º, respectivamente, o que se segue:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo Único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943).

De forma mais clara, Renato Saraiva (2010) expõe:

No Brasil, tendo em conta o disposto nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato individual de trabalho pode ser definido como o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao poder de comando, dele recebendo os salários ajustados. (SARAIVA, 2010, p.88)

O contrato de trabalho era anteriormente denominado de locação de serviços, sendo que eram utilizados os arts. 1.216 a 1.236 do Código Civil de 1916. A denominação de contrato de trabalho surge com a Lei nº 62, de 5-6-1935, que tratou da rescisão do pacto laboral. (MARTINS, 2014).

No decorrer do tempo, o Contrato Individual de Trabalho ganhou diversas denominações, como vínculo empregatício, relação de emprego, relação de trabalho, contrato de emprego ou simplesmente contrato de trabalho, que é a mais utilizada. (DELGADO, 2015).

No exame de nossa legislação, será encontrada tanto a expressão contrato de trabalho como relação de emprego. O termo mais correto a ser utilizado deveria ser contrato de emprego e relação de emprego, porque não será tratada da relação de qualquer trabalhador, mas do pacto entre o empregador e o empregado, do trabalho subordinado. Para a relação entre empregado e empregador deve-se falar em contrato de emprego. Não se usa a expressão empregado autônomo ou empregado eventual. Se o indivíduo é empregado, não é autônomo ou individual, pois tem subordinação e presta serviços com continuidade. A legislação brasileira não faz distinção entre empregado e operário, no sentido de que o contrato de trabalho compreenderia o trabalho manual e o de emprego, o trabalho intelectual. (CATHARINO, 1982, *apud* MARTINS, 2014).

4.2 Características

Depois de conceituar-se sobre o Contrato de Trabalho, é hora de analisarmos as características consideradas obrigatórias para a validade do contrato e deve-se ressaltar que o mesmo não pode ser confundido com outros contratos de natureza civil, tendo em vista que possui características próprias. (DELGADO, 2015).

O contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam a partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas. (DELGADO, 2015).

Desta forma, caracteriza como contrato de trabalho:

O objeto direto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário. O trabalho autônomo prestado a uma pessoa física ou jurídica não gera o contrato de trabalho, pois não há o elemento subordinação. A obrigação principal no contrato de trabalho é: prestar serviços (empregado), pagar salário (empregador). São obrigações acessórias fornecer EPI, emitir Comunicação de Acidente do Trabalho, anotar a CTPS do empregado, proporcionar meio ambiente saudável. (MARTINS, 2014, p.106).

Para estabelecimento do contrato de trabalho, o empregador, deverá proceder ao registro na Carteira de Trabalho, conforme determina o artigo 29 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Art.29 A Carteira do Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de 48 horas para anotar, especificadamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo

facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho. (CARRION, 2014, p. 24).

Na caracterização do contrato de trabalho pode-se indicar um significativo grupo de elementos relevantes. Trata-se de um pacto de Direito Privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra-se em intuito personae quanto ao empregado. É ele, ainda, pacto de trato sucessivo e de atividade. Finalmente, é contrato oneroso, dotado também de alteridade, podendo, além disso, ser acompanhado de outros contratos acessórios. (DELGADO, 2015)

Assim:

Para que um trabalhador urbano ou rural seja considerado como empregado, mister que preencha, ao mesmo tempo, todos os requisitos abaixo:

- a) pessoalidade;
- b) subordinação;
- c) onerosidade;
- d) não eventualidade;
- e) o empregado não corre o risco do empreendimento;

Via de consequência, a ausência de qualquer um destes requisitos descaracteriza o trabalhador como empregado.

Podemos então, de acordo com os pressupostos acima, conceituar empregado como toda pessoa física que preste serviço a empregador (pessoa

física ou jurídica) de forma não eventual, com subordinação jurídica, mediante salário, sem correr os riscos do negócio. (CASSAR, 2014, p.242).

Conceitua-se o quesito pessoalidade, da seguinte maneira:

O contrato de trabalho é intuito personae, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O contrato de trabalho em relação ao trabalhador é infungível. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, prestação de serviços, empreitada, etc. (MARTINS, 2014, p.107-108).

Em relação ao empregado ser pessoa física, o doutrinador explica o que se segue:

O trabalhador é sempre uma pessoa física, isto se explica porque o trabalho se constitui numa obrigação de fazer inseparável da pessoa humana, o que consequentemente acarreta a intervenção do Estado, minimizando a autonomia das partes, impondo normas para tutelar seus direitos fundamentais. (CASSAR, 2014, p.242).

Outro quesito de suma importância dentro da personalidade, e bastante utilizado pelos doutrinadores, é em relação à alteridade, que expõe o seguinte:

O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de alteritas, de alter, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas à realização de um trabalho, ou a configuração do trabalho autônomo.

É requisito do contrato de trabalho o empregado prestar serviços por conta alheia e não por conta própria. (MARTINS, 2014, p.108).

O exposto acima pode ser comprovado pelo parágrafo único do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), da maneira que se segue:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação

jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 1943).

Já em relação à subordinação, a autora Vólia Bomfim Cassar (2014), explica que a subordinação ou dependência hierárquica tem sido muito utilizada como critério diferenciador entre o contrato de emprego e os demais contratos de trabalho (autônomo, representação, mandato, etc.). No entendimento de Maurício Godinho Delgado (2015), não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídico que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.

De forma mais clara e objetiva, podemos entender a subordinação como:

Em face do poder de comando do empregador, o empregado tem o dever de obediência, mesmo que tenebroso (altos empregados) ou em potencial (profissionais), podendo aquele dirigir, fiscalizar a prestação de serviços, bem como punir o trabalhador. (BRASIL, 2016)

Fica claro então que o trabalhador exerce sua atividade com dependência ao empregador, aquele que o dirige. Subordinação é uma situação jurídica derivada do contrato de trabalho pela qual o empregado deve acolher o poder de direção do empregador no modo de realização de sua obrigação de fazer. É um estado de dependência real criado por um direito, o do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. (DELGADO, 2015).

Então o empregado é nada mais é, do que um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. Vale lembrar que aquele trabalhador autônomo não é enquadrado como empregado pelo fato de que ele não é subordinado a ninguém, visto que exerce sua profissão com autonomia de vontade. A dependência a que alude o dispositivo há de ser entendida no sentido jurídico, jamais econômico, moral, pessoal ou patrimonial. A subordinação do empregado é jurídica porque resulta de um contrato de trabalho e nele encontra seu fundamento e seus limites. A subordinação não cria um estado de sujeição, é apenas uma situação jurídica. A subordinação deve ser encarada sob o prisma objetivo, ou seja, ela atua sobre o modo de realização da prestação, e não sobre a pessoa do trabalhador.

A situação de subordinação é fonte de direitos e deveres tanto para empregadores, quanto para empregados. (DELGADO, 2015).

Direitos do empregador:

- a) De direção e de comando – cabendo-lhe determinar as condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato;
- b) De controle – que é o de verificar o exato cumprimento da prestação de trabalho;
- c) De aplicar penas disciplinares, em caso de inadimplemento de obrigação contratual. (DELGADO, 2015).

Ao direito do empregador de dirigir e comandar a atuação concreta do empregado corresponde o dever de obediência por parte deste; ao direito de controle correspondem os deveres de obediência, diligência e fidelidade. (DELGADO, 2015).

Poder disciplinar: é por meio das sanções disciplinares que o empregador consegue a tutela imediata de seus direitos em caso de violação das obrigações assumidas pelo empregado.

A sanção disciplinar pressupõe sempre a culpa do empregado, devendo ser guardada certa proporção entre a falta e a sanção. (DELGADO, 2015).

No direito brasileiro, as sanções disciplinares são a advertência, suspensão e despedida. A multa salarial e a transferência punitiva não são admitidas, sendo que a suspensão não pode ir além de trinta dias. A imediatidade deve também ser observada, pois falta não punida presume-se perdoada. (DELGADO, 2015).

Jus resistentiae: é o direito reconhecido ao empregado de resistir a determinações do empregador que fujam à natureza do trabalho contratado ou que o coloque em grave risco, que o humilhe ou que seja ilícita, ilegal ou de execução extraordinariamente difícil. (DELGADO, 2015).

Ao que tange respeito à onerosidade, ela manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. Tais parcelas formam o complexo salarial, constituído de distintas verbas marcadas pela mesma natureza jurídica. (DELGADO, 2015).

Desse modo:

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. (DELGADO, 2015, p.299)

A Consolidação das Leis do Trabalho se refere ao elemento fático-jurídico da onerosidade, através de sua redação: “mediante salário” art. 3º, caput, da consolidação. Os

sujeitos da relação de emprego são os empregados e os empregadores, isto é, trabalhadores e empresários que reúnam as características exigidas, respectivamente, pelos arts. 3º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), mencionados nos capítulos anteriores da presente monografia. (DELGADO, 2015).

A prestação do trabalho, pelo empregado, há de se referir uma contraprestação específica, oriunda do empregador, consistente nas verbas salariais. O contrato de trabalho será, desse modo, sempre bilateral, sinalagmático e oneroso. (DELGADO, 2015).

E por fim, o quesito da não eventualidade que consiste na ideia de permanência, que atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: de um lado, na duração de um contrato empregatício, que tende a ser incentivado ao máximo pelas normas justrabalhistas. O princípio da continuidade da relação de emprego, o qual incentiva a permanência no vínculo empregatício. De outro lado, a ideia de permanência vigora no próprio instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia. (DELGADO, 2015).

O serviço realizado pelo empregado, necessariamente, tem natureza permanente. A legislação clássica trabalhista não incide sobre o trabalhador eventual, embora não haja dúvidas de que ele também seja um trabalhador subordinado. (DELGADO, 2015).

4.3 Quanto à forma

O contrato de trabalho não tem necessariamente uma forma para ser realizado. Pode tanto ser feito por escrito como verbalmente. (MARTINS, 2014).

De forma mais completa, pode-se afirmar que o contrato a termo deve ser expresso, podendo ser escrito ou verbal, isto é, deve ser comunicado ao empregado o tempo de duração, pois a finalidade é que as partes contratantes tenham conhecimento do prazo de vigência do contrato para não serem surpreendidos

com o seu término, sem qualquer aviso prévio (princípio da transparência e da boa-fé). (CASSAR, 2014).

Assim classifica o caput do art. 443, da Consolidação das Leis do Trabalho: “Art.443 O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”. (BRASIL, 1943).

Alguns doutrinadores defendem que o ajuste deve ser expresso sob a forma escrita, não admitindo a forma oral, sob o argumento de que qualquer cláusula especial do contrato de trabalho deve ser anotado na CTP, de acordo com o art. 29 da Consolidação das Leis do Trabalho. (CASSAR, 2014).

Já outros estudiosos e doutrinadores, como Mauricio Godinho (2015), consideram que algumas normas estabelecem que o contrato de trabalho tem que ser necessariamente escrito, como o do atleta profissional de futebol, o de artistas, o de aprendizagem e o contrato temporário.

O ajuste das disposições contratuais pode ser tácito, mesmo que as partes não façam nenhum arranjo claro, inequívoco, nenhum entendimento direto e taxativo. O acordo tácito mostra que o contrato de trabalho pode ser decorrente dos fatos, sem que exista nenhum ajuste entre as partes. (CASSAR, 2014).

Com a continuidade da prestação de serviços, revela-se a vontade, a concordância na pactuação do contrato de trabalho. (CASSAR, 2014).

4.4 Quanto à duração

Em relação à duração os contratos individuais de trabalho podem ser tanto por prazo determinado, quanto por prazo indeterminado. Vale ressaltar que é mais comumente encontrado os contratos por prazo indeterminado. (CASSAR, 2014).

Temos como contrato por tempo determinado, o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado

ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. Para conceituar o termo do prazo determinado, temos o parágrafo primeiro do já mencionado art. 43 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que diz:

Art.43 [...]

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (BRASIL, 1943).

O contrato por prazo determinado possuem regras, características e efeitos jurídicos que o individualizam, a sua duração é prefixada, seja pela atividade econômica do empregado, seja pela limitação de tempo ou pela sazonalidade da atividade exercida. (BARROS, 2016)

Já o contrato por prazo indeterminado, mais adotado nas relações empregatícias, não existe um prazo para terminação do pacto laboral. Seguindo essa linha de raciocínio, entendemos de que se as partes não mencionam nada em relação ao prazo, presume-se que o contrato seja então por prazo indeterminado. (CASSAR, 2014).

O contrato por tempo indeterminado é aquele em que as partes não prefixam o seu momento de extinção ou termo extintivo. Constitui regra geral. A indeterminação da duração da relação de emprego deriva de um dos caracteres deste tipo peculiar de contrato (relação contratual de trato sucessivo, continuidade). (MENDONÇA, 2016)

Entende-se então que o contrato por prazo indeterminado durará enquanto as partes assim desejarem, ou seja, somente poderá ser rescindido o contrato por meio do

pedido de demissão por parte do empregado, ou, se o mesmo for mandado embora, a mando do seu empregador, seja sem justa causa, ou com justa causa. (CASSAR, 2014).

Concluído a análise acerca da Relação de Emprego e do Contrato Individual de Trabalho, adentraremos ao tema central da presente monografia, qual seja, a Justa Causa na Relação de Emprego. (CASSAR, 2014).

5 O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O assédio sexual é uma prática hedionda que muitas vezes ocorre no âmbito das relações de trabalho, sendo uma das práticas abusivas mais constrangedoras, podendo gerar graves consequências para o contrato de trabalho. (CASSAR, 2014).

No assédio sexual o agente busca, por sua vez, obter favores da vítima, normalmente utilizando-se da subordinação hierárquica. (CASSAR, 2014).

Conforme lição da doutrina:

Entretanto, em termos trabalhistas defendemos que o assédio sexual tem contornos mais amplos, escapando do tipo penal, porque é inaceitável que o empregador pratique, permita a alguém praticar ou mantenha ambiente de trabalho hostil e ameaçador, sob a ótica sexual. Ademais, é possível um empregado fazer chantagem sexual contra sua gerente, obrigando-a a relações carnais, para manter o sigilo de segredo pessoal ou profissional a que teve acesso. O assédio sexual pode ser praticado por qualquer das partes (empregado ou empregador) e, por ser uma violência

contra a outra pessoa, é conduta faltosa que dá ensejo à justa causa ou despedida indireta.

Por isso, o conceito de assédio sexual deve abraçar toda conduta sexual praticada, normalmente de forma reiterada, contra alguém que a repele. Nas palavras de Rodolfo Pamplona, considera-se assédio sexual toda “conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.” Concordamos com o magistrado. (CASSAR, 2014, p.961).

O assédio sexual traz a ideia de convites ou investidas reiteradas, que não observem a liberdade sexual da vítima. Assim, para a caracterização do assédio sexual são necessários quatro requisitos: assediador e assediado; conduta sexual por natureza; conduta repelida pelo assediado; e reitereção da conduta. (CASSAR, 2014).

O assédio sexual difere-se do assédio moral. Insta esclarecer que o Direito do Trabalho não tratou de delimitar especificamente o que seria assédio moral e tampouco as condutas antijurídicas que o precede. Entretanto, por aplicação do art.8º da Consolidação das Leis do Trabalho, utilizam-se os conceitos e disposições da legislação civil acerca do tema, por aplicação analógica. O assédio moral é uma figura relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, sendo inserido a partir da dinâmica ilícita experimentada na relação de emprego, que ganhou força e destaque após o advento da Constituição de 1988, e constituiu-se pela prática de atos cruéis e desumanos em forma violenta, egoísta e antiética nas relações de trabalho, efetuadas no bojo da subordinação hierárquica, embora possa haver exceções. Esses atos têm o objetivo de

humilhar, desqualificar e desestabilizar emocionalmente a vítima em seu ambiente de trabalho, colocando em risco a saúde, a vida e o emprego da vítima. (CASSAR, 2014).

Barros (2016) aponta que o assédio sexual pode ocorrer, inclusive, como assédio moral, tendo em vista que é uma forma gravosa, normalmente reiterada, com reflexos psicológicos sobre o trabalhador.

Ressalte-se que, na hipótese de utilização da hierarquia para a prática do assédio sexual, a conduta passa a enquadrar como delito penal, tipificada no art. 216-A do Código Penal.

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Parágrafo único. (VETADO)(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940).

Ressalte-se, porém, que o assédio sexual pode ocorrer entre empregados do mesmo nível hierárquico, assim como ascendente, hipóteses em que não restará configurado o crime, entretanto, não tira a característica de assédio sexual no âmbito trabalhista, possibilitando a incidência do dano moral. É

importante ressaltar, entretanto, que as instâncias penal e trabalhista não se comunicam. (RESENDE, 2015).

Contudo, para a ocorrência do assédio sexual na seara trabalhista é imprescindível à existência de constrangimento, ou seja, a violação da vontade e da liberdade do trabalhador. (GARCIA, 2015).

Pode-se afirmar que o assédio sexual gera grave violação da dignidade do trabalhador, resultando em dano moral passível de ser indenizado, além da despedida indireta em favor do empregado assediado, ou a dispensa por justa causa do empregado assediador, conforme expressão previsão legal do art.482, b, e art. 483 c, d, e, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Ressalte-se que a conduta sexual do agressor deve ser repelida pela vítima e caracterizar-se como um ato insistente, abusivo e inoportuno. (CASSAR, 2014).

Cassar (2014) classifica o assédio sexual em suas espécies: por intimidação e por chantagem:

Assédio por **intimidação ou ambiental** ocorre quando a vítima é exposta a situações constrangedoras, humilhantes ou inoportunas. Ela é hostilizada com investidas sexuais, propostas, piadas, gestos sexuais etc. Pode ser praticada por um ou vários colegas, normalmente de mesma hierarquia, mas também pode ser efetuada por chefe, gerente ou outro superior. Os atos fazem parte de um contexto e decorrem de um ambiente de trabalho nocivo. Quase sempre tem o intuito de prejudicar, pressionar ou desestabilizar a vítima.

Assédio por **chantagem** ou *quid pro quo* (isto é, “isto por aquilo”) é o

tipo mais comum e conhecido e ocorre quando superior hierárquico, abusando de seu poder (qualquer que seja), ameaça a vítima com a perda de vantagens ou do próprio emprego caso não lhe preste “serviços sexuais”. Excepcionalmente, pode acontecer de a chantagem ocorrer em troca de uma promoção ou vantagem para o empregado. Normalmente, quem tem proveito do assédio é o próprio agente, mas é possível seja praticado para terceiros, como obrigar a vítima a “prestar favores sexuais” para clientes importantes da empresa. Esse assédio sempre é praticado por abuso de poder. (CASSAR, 2014, p.962).

E conforme a jurisprudência tem entendido:

DANO MORAL. ASSEDIO SEXUAL. CONVITE REJEITADO SEGUIDO DE DESPEDIDA. Comprovado nos autos o assédio sexual por testemunha conduzida pela reclamante sem contraprova que pudesse ter produzido a reclamada, ter sido convidada para sair à noite, no posto de trabalho, por preposto da empresa, responsável por conduzi-la ao local em que prestaria seus serviços e fiscalizar-lhe as tarefas realizadas, sob alegação de que se recusando seria dispensada, tendo se negado e, no dia seguinte, após esse preposto ter brigado com a autora, sido dispensada pelo

supervisor. Faz jus à indenização por danos morais em razão do assédio perpetrado por superior hierárquico, constringendo a autora porque detinha o poder de manter íntegro o pacto laboral, o poder de lhe possibilitar prosseguir trabalhando e percebendo salários, dos quais necessitava para fazer frente às suas despesas. Recurso provido. (TRT-2 - RECORD: 1715200504702005 SP 01715-2005-047-02-00-5, Relator: SÔNIA APARECIDA GINDRO, Data de Julgamento: 25/05/2010, 10ª TURMA, Data de Publicação: 07/06/2010)

RECURSO ORDINÁRIO.
INDENIZAÇÃO POR DANOS
MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL.
Demonstrado nos autos que a autora foi vítima de assédio sexual, decorrente de constrangimento sofrido em razão de conduta de seu superior hierárquico, de conteúdo com conotação sexual e cunho desrespeitoso, é devida a indenização por danos morais. (...) (TRT-4 - RO: 12299520105040005 RS 0001229-95.2010.5.04.0005, Relator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS, Data de Julgamento: 10/05/2012, 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

ASSÉDIO SEXUAL POR
CHANTAGEM E POR
INTIMIDAÇÃO OU AMBIENTAL.
Configura-se assédio sexual por

chantagem aquele praticado por superior hierárquico consubstanciado na troca de vantagens advindas do vínculo empregatício por favores de cunho sexual. O assédio ambiental ou por intimidação dá-se por uma atuação generalizada violando o direito a um meio ambiente de trabalho sexualmente sadio e concretiza-se por frases ofensivas de cunho sexista, apalpadinhas, gestos, criando situações humilhantes ou embaraçosas, sempre de cunho libidinoso no ambiente de trabalho. No caso sub oculi, as ações do gerente administrativo e financeiro da reclamada se caracterizam nas duas modalidades acima apontadas. Além de chantagear a obreira condicionando a percepção de aumento salarial e vantagens fornecidas pela empregadora a seus empregados, ao cumprimento de favores de natureza sexual, valendo-se da sua condição de superioridade hierárquica, tornou o ambiente de trabalho envenenado na medida em que não se acanhava em postar-se na porta para se esfregar nas trabalhadoras que ali passassem, fazendo questão de demonstrar sua devassidão perante as colegas de trabalho da obreira, quando as convocava para sua sala e em seu computador passava filmes de conteúdo pornográfico, mediante os quais exibia cenas de sexo explícito e ainda as submetia à humilhação de ter que ouvir "que era para elas aprenderem a fazer

direitinho". Ditas condutas produziram constrangimento no ambiente de trabalho da obreira e transtorno em sua vida pessoal, gerando dano moral que deve ser indenizado. (TRT-14 - RO: 1063 RO 0001063, Relator: DESEMBARGADOR ILSON ALVES PEQUENO JUNIOR, Data de Julgamento: 30/11/2011, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.222, de 01/12/2011)

Frise-se, porém, que se a vítima aceita as investidas ou contra elas não se opôs, de maneira expressa ou implícita, não poderá alegar mais tarde a justa causa por parte do empregador, ou mesmo dano moral. (CASSAR, 2014).

6 O ASSÉDIO SEXUAL E O DANO MORAL

O Direito do Trabalho não cuida, de forma específica, do dano moral, razão pela qual o jurista deve socorrer-se das regras contidas no Direito Comum, utilizando-se da permissão contida no parágrafo único, do art.8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, observando os princípios do Direito do Trabalho. “O que se pode comentar sobre o dano moral nas relações de trabalho é, justamente, as peculiaridades e casuísticas observadas nesse âmbito específico das relações sociais”. (CAIRO JÚNIOR, 2015, p.881).

O dano moral passou a ser focado pelos juristas do Direito do Trabalho a partir da consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a Justiça do Trabalho seria competente para conhecer causas envolvendo pedidos de indenização por danos morais decorrentes da execução do contrato de trabalho.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º45/2004, essa competência passou a ser explícita, conforme

determinado no art.114, VI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (BRASIL, 1988).

Destarte, a responsabilidade do empregador, que por sua ação ou omissão implique dano moral, é de natureza contratual. “Isso porque as determinações legais, inclusive aquelas previstas pelo Direito Civil, mas aplicáveis à relação de trabalho, incorporam-se automaticamente ao pacto laboral em forma de cláusulas contratuais”. (CAIRO JÚNIOR, 2015, p.882).

Eventual ação ou omissão que cause dano ao patrimônio não econômico do empregado poder ser efetivada tanto pelo próprio empregador quanto por seus prepostos, que exerçam ou não cargo de direção, desde que esteja relacionado diretamente com a atividade empresarial. (CAIRO JÚNIOR, 2015).

Assim, a empresa responde, outrossim, por omissões e atos praticados por seus diretores, gerentes, chefes e demais colegas de trabalho do empregado ofendido, na forma do art.932, III, do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (BRASIL, 2002).

Na relação de trabalho, pela proximidade em que convivem os empregados, não é incomum a ocorrência do assédio sexual, levando-se em conta, principalmente, o estado de subordinação do empregado. (CASSAR, 2014).

Todavia, nem toda investida com caráter sexual pode ser classificada como assédio sexual que pode resultar em dano moral, por simplesmente desagradar o empregado, caracterizando mero aborrecimento. Conforme mencionado no capítulo anterior, para a caracterização do assédio é necessário o preenchimento de quatro requisitos, que não é demasiado repetir: assediador e assediado; contuda sexual por natureza; conduta repelida pelo assediado; e reitereção da conduta. (CASSAR, 2014).

A desclassificação do assédio em mero dissabor significa a adoção do princípio da insignificância ou da bagatela do Direito Penal no Direito do Trabalho, “o que exige o exame de cada caso para verificação ou não da gravidade da conduta ofensiva”. (CAIRO JÚNIOR, 2015, p.886).

Convém esclarecer, entretanto, que enquanto a indenização por danos materiais tem o objetivo de recompor o patrimônio econômico do ofendido, a indenização por danos morais tem finalidade pedagógica e compensatória. Pedagógica no sentido de evitar que ações idênticas se repitam e compensatória com a finalidade de proporcionar conforto ao ofendido, como forma de contrabalançar a tristeza e o desconforto sofrido em decorrência do ato lesivo. (CASSAR, 2014).

Quando as ações empresariais não observam os limites éticos e legais relativos ao tratamento digno que deve ser dispensando ao obreiro, como ser humano que é, com a prática de condutas repetitivas com caráter sexual, abre campo para a verificação do assédio sexual. (CASSAR, 2014).

É preciso ponderar que a agressão à dignidade, integridade psíquica ou física do trabalhador não são

características do assédio sexual, mas sim consequências dele, que representam, de fato, o dano moral. (CASSAR, 2014).

Na avaliação da quantificação do dano moral em decorrência de assédio sexual, algumas considerações devem ser expostas, como ensina Robson Zanetti (2008): não existe um critério objetivo, deve sempre se levar em consideração a equidade, máximas de experiência, o bom senso, a situação econômica do país e dos litigantes.

A apuração do dano deve ocorrer com moderação e razoabilidade, analisando-se o grau de culpa, o nível socioeconômico das partes, as circunstâncias fáticas e circunstanciais, a gravidade objetiva do dano, a intensidade do sofrimento da vítima e a personalidade do ofensor. (ZANETTI, 2008).

Além disso, a experiência e bom senso do juiz devem ser levados em conta, para desestimular o ofensor. (ZANETTI, 2008).

A alegação de assédio sexual requer prova inequívoca acerca dos constrangimentos suportados pela vítima e do procedimento reiterado do assediador. (ZANETTI, 2008).

Todavia, conforme entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, não há necessidade de provar o dano moral, porque ele é interno e subjetivo, pelo que se considera que decorre *in re ipsa*. (ZANETTI, 2008).

A indenização por dano moral contempla todo e qualquer dano do qual decorra sofrimento, mágoa ou ofensa aos valores íntimos da pessoa que possam comprometer sua personalidade e sua relação com a sociedade. (ZANETTI, 2008).

A reparação do dano moral é assegurada pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1998 (BRASIL, 1988). Reitera-se que a indenização por danos morais possui caráter punitivo do autor da ofensa, uma vez que a lesão da vítima e o sofrimento que lhe é imputado são impassíveis de estimação pecuniária.

Considerada realmente a existência do assédio sexual, deve-se fixar o *quantum* a indenizar. O critério a ser utilizado pelo juízo há de levar em consideração as circunstâncias dos fatos, a extensão da culpa do agente e a capacidade econômica para que a indenização não signifique fonte de enriquecimento para o trabalhador nem ato de empobrecimento do empregador. (ZANETTI, 2008).

De igual forma, o efeito educativo da sentença, nestes casos, tem sua relevância, até mesmo para que o empregador considere a possibilidade de ser obrigado à reparação do dano moral toda vez que proceder da mesma forma com outros empregados. (ZANETTI, 2008).

Acerca do tema, destacam-se os seguintes julgados:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO SEXUAL - AUSÊNCIA DE PROVAS DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO VINDICADO. Não se olvida que o assédio sexual pode ensejar dano moral indenizável pelo empregador, notadamente porque é dele o dever de manter hígido o ambiente de trabalho (CF, art. 5º, X). Entretanto, para nascer a obrigação de indenizar é necessária prova do ato ilícito, não bastando meras alegações da reclamante e nem declarações de testemunha que apenas reproduziu em audiência o que ouviu dizer da própria autora. (TRT-24 00014923220115240007, Relator: NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA, 1ª TURMA, Data de Publicação: 19/06/2012) DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. O dano moral é todo sofrimento humano que não resulta

de uma perda pecuniária, mas de violação a direitos de personalidade. Representa, pois, uma afronta à dignidade do indivíduo, a qual engloba os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade. Já o dano moral decorrente de assédio sexual deve evidenciar os sofrimentos morais decorrentes de atitude desrespeitosa e abusiva do empregador, com conotação sexual. O assédio sexual é crime tipificado no art. 216-A do Código Penal e, por tal motivo deverá ser cabalmente comprovado. (TRT-1 - RO: 361001820095010023 RJ, Relator: Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, Data de Julgamento: 02/10/2013, Sexta Turma, Data de Publicação: 10- 10-2013) DANO MORAL. ÔNUS DA PROVA Trata-se de pedido de indenização por dano moral, decorrente de assédio sexual sofrido pela reclamante. No caso, o Regional concluiu que "os depoimentos das duas testemunhas da autora mencionados em sentença descrevem detalhadamente o assédio de natureza sexual do qual foi vítima a autora em seu ambiente de trabalho" e que "nenhuma das testemunhas da ré laborou cotidianamente com a autora, o que desqualifica seu valor probatório com relação as testemunhas da autora". Ressalta-se que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato

controvertido nos autos, arguido por qualquer das partes . Assim, uma vez que ficou efetivamente provado que a reclamante sofreu assédio sexual, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova. Portanto, nessa hipótese, não há reconhecer ofensa aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de revista não conhecido. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ASSÉDIO SEXUAL. VALOR ARBITRADO EM R\$ 5 .000,00. No caso dos autos, o Tribunal Regional manteve o valor da condenação por danos morais em R\$ 5 .00 0,00, ressaltando que, "no presente caso, vislumbra-se do cotejo da fundamentação da sentença com os elementos de prova que todas as circunstâncias acerca do assédio sexual foram analisadas pelo juízo a quo, que entendeu por bem fixar a indenização em R\$ 5.000,00. Dito isso, há de ressaltar que o valor indenizatório fixado na sentença - considerando o contexto do assédio e o longo tempo em que a autora esteve submetida a tal situação (todo o vínculo contratual, de 10/09/2010 a 18/04/2011) - não se encontra acima do patamar proporcional ao agravo". A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais, nesta instância extraordinária, em virtude da

necessidade de revolvimento fático-probatório para tanto. Entretanto, tem-se admitido essa possibilidade apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos, situações não verificadas na hipótese dos autos. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 12748320125090654, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/02/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

Destarte, verifica-se que a imposição pelos Tribunais brasileiros da obrigação de indenizar os danos morais decorrentes do assédio moral possui grande relevância, ainda que não tenha a capacidade de eliminar de forma integral o mal causado à saúde mental e psicológica do trabalhador, pois evitam que novas condutas se repitam. (ZANETTI, 2008).

7 CONCLUSÃO

O ambiente de trabalho é um ambiente propício à ocorrência de conflitos. Isto porque ele envolve a subordinação hierárquica, cobranças, competições e disputas pelo poder econômico, incentivados pelo sistema capitalista. (DELGADO, 2015).

É o empregador quem assume todos os riscos da atividade, como também, quaisquer danos por ela ocasionados, independente de culpa, haja vista que o direito pátrio adotou a teoria da responsabilidade objetiva. (DELGADO, 2015).

Por esse motivo, como também, em razão do direito constitucionalmente garantido à propriedade, o empregador é investido em poderes diretivos, e para tanto, deve reger seus empregados e orientá-los para a prática do respeito uns com os

outros. Da mesma forma, deve o empregador observar os direitos fundamentais do empregado. (DELGADO, 2015).

Num ambiente onde há bastante proximidade entre as pessoas, como no ambiente de trabalho, outrossim, propício a conflitos, deve haver cuidado com os excessos com caráter sexual, que podem configurar assédio sexual, em flagrante violação da dignidade do trabalhador. (CASSAR, 2014).

Atualmente, o assédio sexual é uma realidade em nosso país, mesmo com o ordenamento jurídico prevendo punições penais, trabalhistas e civis, uma vez que atinge a saúde física e mental do trabalhador, resultando em problemas familiares e sociais devido ao constrangimento sofrido no ambiente de trabalho. (CASSAR, 2014).

Não há dúvidas que o assédio sexual abala o psicológico, pois ele repercute não apenas na vítima direta, mas em sua família, na sociedade e no próprio ambiente de trabalho. (ZANETTI, 2008).

Inclusive, a própria empresa sofre as consequências do assédio sexual, haja vista que há redução da produtividade, licença para tratamento médico, entre outras.

No Direito do Trabalho ainda não há normas específicas para o tema, assim, os casos vêm sendo julgados através da aplicação da analogia e da jurisprudência. (ZANETTI, 2008).

Tendo em vista que o assédio sexual não acontece apenas entre chefe e subordinado, é preciso que as próprias empresas estabeleçam métodos de controle e monitoramento, para coibir a prática destes atos por quaisquer de seus funcionários, que proporcionará a identificação do problema de forma ágil, como também, permitirá que sejam adotadas as providências cabíveis, antes que o assédio evolua de forma negativa. (ZANETTI, 2008).

Não se pode olvidar que os tribunais brasileiros vêm julgando os casos de assédio sexual, tutelando os direitos do trabalhador, mediante a aplicação de sanções ao empregador, como a indenização por danos morais, representando verdadeira forma de inibir tal conduta hedionda e de reparar os

danos psíquicos e os demais decorrentes, ocasionados ao trabalhador. (ZANETTI, 2008).

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Jair. **Relação de Emprego: Contrato Individual de Trabalho e os Contratos Afins**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROS, Aline Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. red. e atual. São Paulo: LTr, 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira. **Direito constitucional e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Penal. In: **Palácio do Planalto**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. In: **Palácio do Planalto**, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Código Civil de 1916. In: **Palácio do Planalto**, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. RO: 1063 RO 0001063, Relator: DESEMBARGADOR ILSON ALVES PEQUENO JUNIOR, Data de Julgamento: 30/11/2011, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.222, de 01/12/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. RO: 361001820095010023 RJ, Relator: Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, Data de Julgamento: 02/10/2013, Sexta Turma, Data de Publicação: 10- 10-2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RECORD: 1715200504702005 SP 01715-2005-047-02-00-5, Relator: SÔNIA APARECIDA GINDRO, Data de Julgamento: 25/05/2010, 10ª TURMA, Data de Publicação: 07/06/2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT-24 00014923220115240007, Relator: NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA, 1ª TURMA, Data de Publicação: 19/06/2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO: 12299520105040005 RS 0001229-95.2010.5.04.0005, Relator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS, Data de Julgamento: 10/05/2012, 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho da 2ª Região. RR: 12748320125090654, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/02/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodvim, 2015.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT: legislação complementar: jurisprudência**. 39. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014

CASSAR, Bomfim Vólia. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Contrato Individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. Ed. São Paulo: Ltr, 2015.

DORNELLES, Leandro do Amaral D. **A transformação do Direito do Trabalho: da lógica, da preservação a lógica da flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GUIA DE DIREITOS. Apresenta conteúdo acerca dos direitos brasileiros. In: **Guia de Direitos**, 2016. Disponível em: <http://www.guiadedireitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=432%3Arelacao-de-emprego&catid=21%3Adireitos-do-trabalhador&Itemid=46>. Acesso em: 23 out. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASCARENHAS, Thales Trajano. Requisitos que caracterizam a Relação Empregatícia. In: **Viajus**, 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2450&idAreaSel=8&seeArt=yes>>. Acesso em: 23 out. 2018.

MENDONÇA, Rita de Cássia Tenório. Contrato de Trabalho: noções preliminares. In: **UFSC**, 2012. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23389-23391-1-PB.pdf> >. Acesso em: 23 out. 2018.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054&revista_caderno=29>. Acesso em: 23 out. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Organiza%C3%A7%C3%A3o_Internacional_do_Trabalho&oldid=52273144>. Acesso em: 5 nov. 2018.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método. 2010.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do Direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETTI, Robson. Assédio Moral no trabalho. Livro Digital. In: **Robson Zanetti**, 2008. Disponível em: http://www.robsonzanetti.com.br/v3/docs/livro_robson_zanetti_assedio_moral.pdf. Acesso em: 23 out. 2018.

A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL E A UNIÃO ESTÁVEL

Luana Alves Ferreira²

RESUMO

As famílias vêm de grande evolução social, legislativa e cultura, tanto que as formas de se constituir família vão se alterando de décadas em décadas. Estas formas de constituir família é o resultado de um pensamento, onde se tem membros do grupo familiar mais aberto e solidário uns com os outros. De tal forma, surge à união estável, que se consolida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil. Trata-se, pois, de um importante instituto, na qual faz com que inúmeras famílias sejam reconhecidas, de forma a garantir direitos, deveres e obrigações. Para tanto, existem requisitos a serem preenchidos para que se reconheça a união estável, sendo alguns deles: a convivência duradoura, a publicidade, continuidade, objetivo de constituir família, dentre outros. Quando configurados tais requisitos, passa a verificar os direitos e deveres mútuos, que se perfazem em questões pessoais e patrimoniais. É, portanto, o que será analisado no presente trabalho, que se inicia no aspecto da evolução da família e se desfecha nos direitos e deveres dos companheiros, que sem dúvida, se torna uma importante instituição para o Direito de Família. Para tanto, um estudo aprofundado do tema será realizado, para no final, concluir sobre a importância da união estável, sendo uma forma de família a ser protegida pelo Estado.

Palavras-chave: União estável. Direito de Família. Direitos e deveres. Requisitos.

1 INTRODUÇÃO

A família é, conforme dispõe a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 226, a base da sociedade. Nela é que se pode observar as principais mudanças de costumes, de tradições, valores, que depois se projetam para todo o meio social.

Estudar a família sempre é algo interessante, além de claro, relevante. A educação, os princípios, a moral, boas condutas, são ensinadas primeiramente no seio familiar, e é lá que se deve ter esforço para desenvolver boas pessoas, com consciência cidadã e solidária, pautadas na empatia.

A união estável, nesse cenário, como se desenvolverá nesse trabalho, primeiro surgiu como uma forma familiar só de fato, sem nenhuma positividade, como saída para casais que não podiam se casar ou não possuíam condições para tanto (TARTUCE, 2014).

O surgimento da união estável surgiu das dinâmicas das novas famílias, como se verá neste estudo, que deixaram de se prender as tradições do matrimônio e começaram a valorizar mais a afeição e a informalidade para formar uma família que o *status*, que muitas das vezes acontece, de um casamento ou uma cerimônia solene.

Aprofundar os conhecimentos na família, na evolução da sociedade, é também conhecer mais do ser humano, da sua história, da sua cultura.

Assim, nesse prisma, o que o presente trabalho objetiva demonstrar é sobre o instituto da união estável e sua evolução no Direito de Família. Para tanto, serão especificadas sobre a formação da família, a união estável na legislação brasileira e os requisitos para sua configuração.

Muito importante, pois, é o estudo sobre a união estável, considerando que se trata de um dos principais meios de se constituir família atualmente. Aliás, se destaca também, o fato de que a união não depende de orientação sexual, podendo ser através de casais do mesmo sexo ou sexo diferentes.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

De todo modo, serão analisadas as questões específicas que envolvem o tema, para no final, concluir sobre a reciprocidade que envolve os companheiros, tendo em vista que a configuração dos requisitos estabelecidos pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002, faz transfigurar uma série de direitos e deveres mútuos, inclusive, no que tange na esfera patrominal e assistencial.

Com efeito, no primeiro capítulo, serão apresentadas as questões da evolução da família, consistindo na ideia de suas noções gerais, e também, no que tange à família dentro do Direito brasileiro.

Já no segundo capítulo, será analisado, especificamente, sobre a união estável, demonstrando seu conceito, legislação e sua analogia com outros institutos, como no caso do casamento, concubinato e homoafetividade.

Por fim, no terceiro capítulo, serão discorridos sobre as características essenciais para se formar a união estável, que compreende aos seus requisitos. E, caso configurados os requisitos, se obterão consequências nos aspectos dos direitos e deveres dos companheiros, no qual também serão apresentados.

Assim, o trabalho que se apresenta adentra no campo social, uma vez que a família é uma garantia e um instituto de proteção pelo Estado, estando previsto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Quanto à metodologia, será utilizado o método dedutivo, ou seja, partirá dos princípios gerais do Direito de Família, buscando compreender especificamente sobre as regras da união estável. Também será utilizado o método de procedimento funcionalista, pois, buscará compreender e interpretar as regras da união estável, juntamente com os aspectos da proteção da família, prevista na legislação vigente.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A evolução da família é algo que vem ocorrendo décadas após décadas. As famílias, com intensa certeza, não se

consideram iguais como as de antigamente. Atualmente, a família se preocupa mais com os aspectos afetivos, pouco importando o vínculo sanguíneo. (DIAS, 2016).

Conforme o pensamento da autora acima, deixa-se claro que para o entendimento da união estável, necessário se faz concluir pela evolução da família, fato este que vem ocorrendo cotidianamente, em que pese o legislativo não acompanhar tamanha evolução.

Pois bem, como a família vem evoluindo de tempos em tempos, faz-se pensar como era a de outrora. Antes, a família era mais fechada, sendo relacionada apenas com o casamento, onde o homem saía para trabalhar e a mulher cuidava do lar e dos filhos. Contudo, a família atual passa a estar voltada para um conceito mais aberto, onde a afetividade tem mais valor, pouco importando se o membro da família é homem, mulher ou homossexual. (DIAS, 2016).

Tanto que, para muitos, a família passa a ser chamada de pós-moderna, onde não importa a relação sanguínea ou sexual de seus membros, mas sim, a afetividade que gira em torno deles. (DIAS, 2016).

Nesta visão, elucida Maria Berenice Dias (2018, *online*):

Do conceito unívoco de família do início do século passado, que a identificava exclusivamente pela existência do casamento, chegou-se às mais diversas estruturas relacionais, o que levou ao surgimento de novas expressões, como 'entidade familiar', 'união estável', 'família monoparental', 'desbiologização', 'reprodução assistida', 'concepção homóloga e heteróloga', 'homoafetividade', 'filiação socioafetiva' etc. Tais vocábulos buscam adequar a linguagem às mudanças nas conformações sociais, que decorreram da evolução da sociedade e da redefinição do conceito de moralidade, bem como dos avanços da engenharia genética.

Essas alterações acabaram por redefinir a família, que passou a ter um espectro multifacetário.

Neste passo, quando as famílias passam por tamanhas evoluções, quer dizer que a cultura de uma sociedade passa a ser outra, de modo a contemplar aspectos afetivos mais naturais, deixando de lado visões concebidas pelo aspecto único do Estado ou da Igreja. (DIAS, 2016).

Por outro lado, em que pese existir essa evolução social das famílias, o legislador não consegue adaptar-se tão rapidamente, de modo que o Poder Judiciário vem sendo acionado para solucionar alguns temas do Direito de Família, como, por exemplo, os julgamentos que envolvem os casais homoafetivos. (DIAS, 2016).

Assim, em análise ao demonstrado, quando se fala em família no aspecto atual, viu-se que ela se encontra em uma fase pós-moderna, sendo que seu conceito básico é formado pela afetividade. Este pensamento moderno encontra-se atrelado a previsão constitucional, que expressamente delineou outras formas de família, como as que se encontram previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Conforme se observa acima, o constituinte elegeu como formas de família o casamento, que é o meio mais antigo e natural de concepção familiar, também a união estável, que

possui características de ser duradoura, contínua e pública, e a monoparental, sendo aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ademais, no decorrer do tempo, se aceitaram outras formas de família, considerando que o grupo familiar passou a ter maior importância, pois, possui como função primordial garantir o provimento dos filhos, adultos, idosos e demais membros que fazem parte, exercendo atividades para a sobrevivência. (DIAS, 2016).

Com efeito, pode-se dizer que não é mais somente com a tradição do casamento que se constitui uma família. Sobre este aspecto, Maria Berenice Dias (2011, *online*) diz:

Ao buscar-se dimensionar, no contexto social, o conceito de família, é mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, conjunto de pessoas ligadas a um casal unido pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, sendo o pai a figura central, na companhia da esposa, e rodeados de filhos, genros, noras e netos. Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, configuração com nítido interesse na possibilidade de procriação. Essa conservadora cultura, de larga influência no Estado do início do século, acabou levando o legislador pátrio, ao redigir o Código Civil de 1916, a reconhecer juridicidade apenas ao matrimônio, verdadeira instituição geradora de um vínculo indissolúvel. Identifica a lei o conceito de família como a relação decorrente do casamento.

Ademais, conforme dito alhures, com a promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a família passou a ser tratada de forma mais ampla, atendendo aos anseios da sociedade. Neste contexto, substanciado pelo princípio da

dignidade da pessoa humana, discorre Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, *online*):

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no direito civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou personalização desse ramo do Direito. No campo específico do direito de família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua.

Nesse sentido, percebe-se que as relações familiares se tornam muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integra o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O ser, finalmente, supera o ter, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar.

Diante deste contexto, pode-se dizer que o casamento não possui tanta importância nos tempos atuais quando se fala em formação da família, vindo a importar a assistência mútua, afeto e amor. (DIAS, 2016).

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2018, *online*):

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a

coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns. Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse certamente é, dos novos vértices sociais, o mais inovador dentre quantos a Constituição Federal abrigou.

Ainda no raciocínio sobre a família moderna, assim assevera Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 21):

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.

E em arremate, complementa Maria Berenice Dias (2011, *online*):

Hoje, a dinâmica das transformações impressas aos grupos familiares, especialmente na modernidade e na pós-modernidade, deve ser revisitada sob a ótica da transformação dos papéis da mulher, sem que se incorra em distorção: a mulher sempre simbolizou no imaginário universal a afetividade, a capacidade de procriar, de cuidar, enfim, conceber e zelar pela sua prole, fenômenos que no gênero humano estão impregnados de um sentimento capaz de, por si só, diferenciar a espécie. Aliás, os movimentos de mulheres, atualizados, postulam que nenhuma questão humana deve ser alheia ao feminismo. É fácil deduzir que a recíproca seja igualmente verdadeira.

Sem embargos, passa a ser exigida pela sociedade uma atuação do Estado voltada para a proteção da família, considerando que a omissão legislativa não leva no reconhecimento de outras formas de família como deveria ocorrer. (DIAS, 2013).

Sobre esse aspecto legislativo, Maria Berenice Dias (2011, *online*) acentua:

A legislação, além de omitir-se por longo tempo em regular relações informais, expungia, com veemência, a possibilidade de se extraírem consequências jurídicas de todo e qualquer vínculo afetivo outro. Proibiu doações, seguros, bem como a possibilidade de herdar, em face de ligações tidas por espúrias. Tal ojeriza, entretanto, não coibiu o surgimento de relacionamentos sem respaldo legal, levando seus partícipes, quando do rompimento da união, às portas do Judiciário. Viram-se os juízes forçados a criar alternativas para evitar flagrantes injustiças, tendo sido cunhada, via jurisprudencial, a expressão companheira, como forma de contornar as proibições para o reconhecimento dos direitos banidos pela lei. (DIAS, 2010).

Destarte, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconhece e alarga sobre a nova tendência e concepção familiar, passando a integrar:

[...] as relações monoparentais, de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação. Também a Carta Constitucional reconheceu como família a união estável entre

um homem e uma mulher, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento.

Em 29 de dezembro de 1994 é que surgiu a primeira lei, de nº. 8.971, e posteriormente, surgiu a Lei nº. 9.278, de 10 maio de 1996, tendo maior campo de abrangência. O Código civil nada mais fez do que copiar as mesmas regras dessas leis.

Assim, com a implantação do divórcio, surgiu a instabilidade das uniões tradicionais e conseqüente aceitação da união estável. Cada vez mais se têm tornado comuns as famílias flutuantes, oriundas parcialmente de várias outras, cujos membros, não de todo definidos entre si, podem ser levados a um convívio descontínuo, superficial, competitivo, francamente hostil ou simplesmente, em muitos casos, confuso.

Esses novos modelos familiares, muitos formados com pessoas que saíram de outras relações, fizeram surgir novas estruturas de convívio, sem que seus componentes disponham de lugares definidos com uma terminologia adequada. (DIAS, 2011, *online*).

Nessa abordagem feita por Maria Berenice dias, conclui-se que, como as famílias atualmente são dotadas mais pelo lado afetivo do que o sanguíneo, sua evolução se torna presente na sociedade, tanto que inúmeras ações processuais são ajuizadas para que sejam reconhecidas outras formas de família, como no caso da união homoafetiva e da filiação afetiva, de modo que o Estado deve proteger estas novas formas, pois, emana da vontade do próprio povo.

2.1 Noções gerais sobre família

A família se trata de um grupo de pessoas dotadas de afeto e amor entre seus membros, na qual possui objetivo recíproco entre eles, que é permanecerem unidos para que no futuro possam criar novas famílias. (DIAS, 2016). De tal modo, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 23), a família pode ser definida como: “[...] o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados)”. Trata-se, pois, do núcleo fundamental da sociedade e a base do Estado para determinados fins, especialmente os sucessórios.

De todo modo, a família não se limita aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau, mas sim, é ampla e se apresenta pelo lado afetivo, bastando existir amor e reciprocidade. (DIAS, 2016).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 18), a lei se refere à família como sendo:

[...] instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e patrimônio.

Observe-se pela citação acima, que o autor privilegia apenas o casamento e a união estável de pessoas diferentes, sendo que este modelo de família deixa de ser considerado importante pela sociedade, considerando que muitas pessoas convivem entre si de forma homoafetiva, ou ainda, através da monoparentalidade. (DIAS, 2016).

Pode-se perceber que com o passar dos anos, a família passou por várias mudanças, principalmente com o advento do Estado Social, no decorrer do século XX. A família que era uma instituição eminentemente patriarcal, modelo que a

legislação brasileira adotou da Colônia até meados do século XX, ficou completamente ultrapassada com os novos preceitos da Constituição Federal de 1988. (LÔBO, 2011).

Na visão de Caio Miranda da Silva Pereira, a família brasileira teve suas inspirações na família romana, absorvendo destas vários costumes e tradições (PEREIRA, 2010).

Sobre a família romana, discorre Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 31):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. [...] Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

E continua o autor:

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, sendo que as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos. [...] Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do

pater, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares). (GONÇALVES, 2014, p. 31).

Para concluir, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 32) menciona:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa.

De tal forma, quando se fala em família, entende-se por um conjunto de pessoas que abrangem constituições de casamento, união estável, divórcio, sucessão, partilha, herança, e, também, direitos e deveres recíprocos. Para tanto, a família possui amparo protecionista do Estado, conforme prescreve o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Também por causa dessa proteção do Estado, o legislador dispôs sobre regras específicas na legislação infraconstitucional, dentre elas, o Código Civil (BRASIL, 2002), que possui preceitos próprios no ramo do Direito de Família, iniciando-se a partir de seu Livro IV, artigo 1.511 (BRASIL, 2002) e seguintes.

Destarte, o legislador tenta adequar às regras das famílias em prol da proteção estatal, tendo em vista que alguns assuntos merecem estar devidamente regulados em lei para que haja uma proteção especial. (DIAS, 2013).

E não poderia ser diferente, pois, nos tempos de antigamente era inadmissível a mulher casada não cuidar da casa e dos filhos, não podendo sair para estudar e trabalhar. Também eram inadmissíveis o divórcio e a união estável. A homoafetividade nem existia. Por isso, os filhos,

necessariamente, tinham o amparo da mãe, permanecendo com o pai a obrigação de amparar financeiramente, mas não lhe retirando, todavia, o lado afetivo. (DIAS, 2013).

Porém, nos tempos atuais, a família é voltada para a pós-modernidade, onde os filhos podem ficar com os avós, tios, irmãos ou parentes, em virtude da mãe e pai saírem para trabalhar, ou ainda, em decorrência do filho permanecer, em regra, somente com a mãe, nos casos de divórcio ou dissolução de união estável, ou até mesmo por ser mãe solteira. (DIAS, 2013).

Diante dessas novas constituições familiares, que como já mencionado, mudam-se mais rápido que o ordenamento jurídico consegue acompanhar, necessário são os pareceres dos tribunais superiores. Nesse prisma, tem-se o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal de Justiça, de que a pessoa que mora sozinha ou aquele núcleo de convivência formando por variados parentes, principalmente entre irmãos, são também considerados entidades familiares. Assim leciona os seguintes julgados, trazidos pelo autor Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, online), que merecem ser observados nesse trabalho, pois tais julgados são de extrema clareza e refletem bem o tema abordado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 - O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o

manto da impenhorabilidade, descarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp. nº. 205.170 / SP. Órgão Julgador: Quinta Turma. Ministro Gilson Dipp. Data de julgamento: 07 dez. 1999. Data de publicação: 07 fev. 2000). (BRASIL, 2000, *online*).

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI Nº. 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº. 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido. (STJ. REsp nº. 159.851 / SP. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data de julgamento: 19 mar. 1998. Data de publicação: 22 jun. 1998). (BRASIL, 1998, *online*).

Ademais, conforme Súmula nº. 364 (BRASIL, 2008, *online*) do Superior Tribunal de Justiça: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Pode-se dizer, assim, com os diversos casos distintos relacionados ao Direito de Família, o Estado vem atuando de forma a atender as demandas familiares com o único intuito de proteger o ente familiar e principalmente os filhos. (DIAS, 2013).

Por outro lado, a formação da família passa a ser baseada em uma comunidade de afeto, onde se propicia uma relação afetiva entre as pessoas, se tornando um ente aberto, não discriminatório e natural, e, por consequência, se fundamentando pela dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2013).

Nesse sentido, conforme afirma Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, *online*): “[...] a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais”.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka citada por Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, *online*) também salienta que, a família:

[...] é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos [...]; a história da família se confunde com a história da própria humanidade.

Assim, entende-se que família atual não é formada apenas pela via sanguínea (biológica), mas também é considerada como um ente de predominância cultural, social e afetiva, devendo inclusive, por muitas das vezes, priorizar a família socioafetiva. (GONÇALVES, 2014).

Entretanto, mesmo já existindo avanços legislativos a respeito do Direito de Família, nem sempre essa evolução caminha junto aos anseios da sociedade. Tanto que o Poder Judiciário é acionado de forma reiterada para solucionar conflitos sobre a família, como ocorre, por exemplo, com os casais homoafetivos, abandono afetivo, filiação afetiva, dentre outros, onde não existem leis para regular a matéria. (DIAS, 2013).

Noutro norte, a partir da promulgação da atual Constituição Federal (BRASIL, 1988), a família passou a ser conceituada e tratada de forma mais digna e ampla, como a sociedade ansiava que fosse.

Substanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), foi provocada uma autêntica revolução na teoria geral da família.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014), a família atual pode ser caracterizada como eudemonista, que busca como fim a realização das pessoas que a compõe.

Assim, cita-se os pensamentos dos autores Cristiano e Rosenvald (2014, p. 43):

[...] a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana. É o que se convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do exo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade.

Nesse prisma, o autor Silvio Rodrigues (2011) destaca a relevância do dever de assistência entre aqueles conviventes como marido e mulher, já que o relacionamento de ambos tende a ser pautado no afeto, o que não pode se perder, e deve ser base para que os dois queiram se ajudar reciprocamente.

Em fechamento a esse raciocínio, colocando em evidência o sentimento de família, deve-se levar em consideração sempre o amor existente entre os familiares, o afeto, os cuidados, o apoio que um dá ao outro, a convivência em família vai muito mais além que as formalidades que a lei lhe confere para sua formação. A família, para ser formada, não necessita ser cercada de formalidades. O que de fato forma uma família, são os laços amorosos que as pessoas constroem entre si. Álvaro Villaça Azevedo (2012).

Diante dessa releitura da família, se constata uma autêntica transformação e evolução do instituto familiar, sobretudo, baseando a teoria geral da família em um centro de realização da dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2013).

2.2 A família no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, a família possui regramento através do Direito de Família, contendo regras no Código Civil (BRASIL, 2002) para, por exemplo: contrair casamento, reconhecer a união estável, alimentos, sucessão, guarda de filhos etc.

Por sua vez, o legislador, ligado às intensas transformações do Direito de Família, vem promovendo verdadeiras modificações e evoluções normativas, citando, como por exemplo, a Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006, *online*), que trouxe em seu artigo 5º a definição moderna sobre a família, que passou a englobar “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. (BRASIL, 2006, *online*).

Destarte, diante dessas considerações, a família, dentro do aspecto do Direito de Família, passa a possuir um conceito moderno, que se forma independentemente do sexo ou matrimônio, importando sim, a união dos indivíduos por afinidade ou aquiescência natural. (DIAS, 2013).

Por isso, a família advinda da Constituição Federal (BRASIL, 1988) tem por fundamento fazer valer a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles, protegendo todos seus membros, inclusive, no que tange aos alimentos. (DIAS, 2013).

Nessa conjuntura, diz Maria Berenice Dias (2012, *online*):

A evolução dos direitos de família segue a trajetória da própria família. A tentativa de manter a estrutura da sociedade pela sacralização do vínculo matrimonial levou ao engessamento do afeto em um casamento indissolúvel. O modelo hierarquizado, conservador e patriarcal foi desastroso e sofreu

severo golpe quando as uniões extramatrimoniais passaram a desempenhar significativo papel social, o que ensejou o rompimento de alguns paradigmas. Emerge agora novo conceito de família, que tem como elemento identificador a afetividade. O alargamento do conceito de família para além do casamento acabou permitindo o reconhecimento de outras entidades familiares. Assim, também as uniões de pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas, passo a passo, buscaram inserção no âmbito do Direito das Famílias.

E também, são as palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, *online*):

No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e a ajuda mútua. [...] Verifica-se também uma nova roupagem do dever de sustento, guarda e educação dos filhos: o papel do pai (gênero) moderno não se limita apenas ao simples pagamento dos gastos da sua prole ao final do mês. É inegável que o pagamento das diversas despesas é indispensável à sobrevivência dos menores, mas ele não é a única função dos pais, sequer a mais importante, até porque poderia ser facilmente preenchida por um orfanato ou outra instituição de caridade qualquer, talvez até com maior eficiência.

Assim, na fase que se encontra o Direito de Família,

amplas são as formas de sua constituição, entretanto, passa a ser traduzido um maior sistema de proteção de seus membros, pautando-se, principalmente, nos preceitos de sobrevivência, relacionados aos princípios inerentes da pessoa humana, como dignidade, respeito, liberdade e igualdade. (DIAS, 2013).

Nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, *online*):

Os filhos, de outro lado, ganharam o espaço necessário à participação no processo educacional: saíram da condição de meros objetos deste processo para alcançarem o status de sujeitos com direito à voz naquilo que lhes interessava diretamente. Dessa forma, os filhos deixaram de ser simples repetidores de ordens dos seus pais, o que aumentou em muito o contato (verdadeiro) entre eles.

Desse modo, através da análise realizada, pode se concluir que por isso, deve-se ter em mente que a família, dentro do Direito, passa a ser ampla, na qual se baseia no amor e afetividade, tanto que outros tipos de constituição também passam a ser bastante importantes, como no caso da união estável, que se analisa a partir do capítulo a seguir.

3 A UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é um tipo de constituição de família que ganhou espaço pela evolução da sociedade, em especial, a evolução da própria família, como visto no capítulo anterior, sendo que a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) passou a prevê-la. De tal modo, não é somente pelo casamento e a monoparentalidade que se constitui a família, mas também é formada através da união estável, sendo muito comum nos dias atuais.

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), já mencionado anteriormente, mas que merece

novo destaque nesse momento, deixa clara a previsão da formação da família pela união estável:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - 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.

Para tanto, importante é verificar especificamente sobre a união estável, por ser de grande importância para o Direito de Família. E de início, aponta-se o conceito de união estável, conforme tópico a seguir.

3.1 Conceito

O conceito de união estável, retratado pelo artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento, conforme transcrito a seguir: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Atualmente, como diz Heloisa Maria Ferreira Durães (2017, *online*), a união estável é reconhecida quando:

[...] os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Na verdade, ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar, porém, a convivência pública não explicita a união familiar, mas somente leva ao conhecimento de todos, já que o casal vive com relacionamento social, apresentando-se como

marido e mulher.

Maria Berenice Dias (2010, *online*) fundamenta sobre a formação da família na união estável:

No contexto de um mundo globalizado, com a emancipação feminina, a evolução dos costumes e os avanços da engenharia genética, foram rompidos os paradigmas a que estava condicionada a família: casamento, sexo e reprodução. O casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, o sexo deixou de ter lugar exclusivamente no matrimônio, e o contato sexual se tornou dispensável para a procriação. Não se pode mais pensar a família no singular, é imperiosa a busca de novos referenciais para inserir no âmbito do Direito os mais diversos relacionamentos interpessoais. A Constituição Federal acabou se curvando à realidade e enlaçou o afeto no âmbito da proteção do Estado. Para afastar o estigma do termo concubinato, o constituinte chamou de união estável a relação não-matrimonializada entre um homem e uma mulher.

Assim, o conceito de união estável se enquadra perfeitamente como sendo uma constituição de família. Na definição de Washington de Barros Monteiro (2010, p. 46): “[...] união estável é uma relação lícita, entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros”.

Ainda no entender de Washington de Barros Monteiro (2010, p. 47), união estável é: “[...] a ausência de casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento”.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 168), além da união estável ser aquela entidade em que homem e mulher vivem

como se casados fossem, também é: “[...] um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei lhe atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres”.

E Flávio Tartuce (2014, p. 287) elucida que:

A união estável ou união livre sempre foi reconhecida como um fato jurídico, seja no Direito Comparado, seja entre nós. Por certo é que hoje, a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento. Na verdade, num passado não tão remoto o que se via era a união estável como alternativa para casais que estavam separados de fato e que não poderiam se casar, eis que não se admitia no Brasil o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial. Hoje, tal situação vem sendo substituída paulatinamente pela escolha dessa entidade familiar por muitos casais na contemporaneidade. Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, por falta de opção. Hoje, muitas vezes, por clara opção.

Diante dos estudos abordados, observa-se que a união estável como se conhece atualmente, possui grande relevância social e proteção legal, sendo resultado de longas evoluções jurídicas. Deste modo, passa-se a destacar o tratamento legislativo dado ao instituto da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 União estável na legislação brasileira

Foram editadas no Brasil duas leis sobre união estável,

sendo a primeira delas, de 1994, que se trata da Lei nº. 8.971/94 (BRASIL, 1994); e a segunda no ano de 1996, que trata da Lei nº. 9.278/96 (BRASIL, 1996). Posteriormente, o Código Civil (BRASIL, 2002) disciplinou a matéria.

No que tange à primeira regulamentação, a Lei nº. 8.971/94 (BRASIL, 1994, *online*), disciplinou o “[...] direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”.

O artigo 1º da lei concedia à companheira ou ao companheiro, na união estável, após a convivência de ao menos cinco anos ou a existência de prole, o direito recíproco a alimentos (BRASIL, 1994).

Ao seu turno, o artigo 2º da Lei 8.971/94 (BRASIL, 1994), cuidava do direito sucessório dos conviventes. Destaque-se que tal artigo concedia direito ao companheiro sobrevivente sobre a totalidade da herança do falecido, quando este não deixasse descendentes e ascendentes, conforme a seguir:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 1994, *online*).

A segunda regulamentação da união estável ocorreu através da Lei nº. 9.278/96 (BRASIL, 1996, *online*), que regulamentava o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), reconhecendo, em seu artigo 1º, o seguinte: “É reconhecida como entidade familiar a convivência

duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Observe-se que o artigo 1º não estabeleceu prazo certo para a existência da união estável, devendo, em cada caso, verificar se realmente existe a formação dos requisitos. Ao seu turno, o artigo 2º da Lei nº. 9.278/96 (BRASIL, 1996, *online*) enumera os direitos e deveres iguais dos conviventes:

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I - respeito e consideração mútuos;
- II - assistência moral e material recíproca;
- III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Sobre os artigos ora citados, Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 314) faz os seguintes comentários:

A Lei nº. 9.278/96 estabelecia certos parâmetros em defesa dos concubinos, para que, em sua liberdade convivencial, não ofendessem direitos um do outro, colocando em risco a estabilidade da família. Contendo algumas normas de ordem pública, como as relativas ao casamento, não podem ser modificadas pelas partes, sendo cogentes, portanto. As normas dispositivas, ao seu turno, autorizam essas alterações, expressamente, como também as que se apresentam em caráter facultativo.

Em suma, a união estável até então não seria igual a um casamento, haja vista que neste os direitos eram maiores, razão pela qual a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) trouxe dispositivo que facilitou a sua transformação em casamento. E a partir da Constituição Federal (BRASIL, 1988), restou reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. (DIAS, 2013).

Em 2002, com o advento do Código Civil Brasileiro

(BRASIL, 2002, *online*), a união estável foi regulamentada, tendo suas normas dispostas no referido código, reconhecendo os parâmetros jurídicos desta relação. Com o objetivo de demonstrar os artigos do Código Civil que estabelecem sobre a união estável, que são os artigos 1.723 a 1.727, apresentam-se eles abaixo:

TÍTULO III DA UNIÃO ESTÁVEL

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Portanto, a união estável foi evoluindo através das deposições legislativas, sendo que atualmente ela é reconhecida pela união de duas pessoas, independente de serem de sexos iguais ou diferentes, tendo por objetivo a constituição de família, e apresentando características de afeto e amor. (DIAS, 2013).

3.3 União estável e o casamento

Por ser a forma mais tradicional de constituição familiar, o constituinte adotou a regra de facilitar a conversão da união estável em casamento, conforme destaca a segunda parte do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “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”.

Sobre o conceito de casamento, ensina Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 114):

Há numerosas definições que não se limitam às vezes a conceituar casamento, porém refletem concepções originais ou tendências filosóficas, posto que todos os sistemas o disciplinam, inexistindo uniformidade na sua caracterização. O casamento deve ser definido mais precisamente como vínculo estabelecido entre duas pessoas, mediante o reconhecimento governamental, religioso ou social e que pressupõe uma relação interpessoal de intimidade, cuja representação arquetípica são as relações sexuais, embora possa ser visto por muitos como um contrato.

O casamento, na definição de Júlio César Capparelli (1999, p. 94): “[...] é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

E para Clóvis Beviláqua, citado pelo autor Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 64), o casamento pode ser definido como:

[...] um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimado por ele suas relações sexuais, amorosas, afetivas, obrigacionais, duradoura e com convívio permanente; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Nota-se que, o casamento trata-se de um contrato que gera obrigações para ambas às partes. No entanto, deve-se salientar que essa definição apenas prevalece na atual concepção de família se houver laços afetivos e amorosos entre os nubentes. (RODRIGUES, 2004).

Pertinente reproduzir, a esse respeito, as considerações de Sílvio Rodrigues (2004, p. 124):

O casamento é a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar sua espécie, para se ajudar, por assistência mútua, a suportar o peso da vida e para compartilhar do mesmo destino. Nestas noções inculcam-se elementos metajurídicos que lhe sacrificam a pureza, visto que encaram o matrimônio mais sob o aspecto moral do que jurídico. O casamento é a sociedade solenemente contratada por um homem e uma mulher para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante. O casamento é, realmente, a legalização de uma união sexual, o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima. É, em síntese, a união de um homem com uma mulher para constituírem uma família legítima, afetiva e amorosa.

Também é a lição de Washington de Barros Monteiro

(2010, p. 41), afirmando que o casamento não possui um fim único de procriação, mas sim, a mútua assistência entre os cônjuges, conforme a seguir:

Em nossos dias, a procriação, embora possa ser finalidade do casamento para alguns casais, não alcança todas as uniões. Se fosse considerada como fim primordial em todos os casamentos, ficaria sem explicação plausível o casamento *in extremis vitae momentis* e o de pessoas em idade avançada, já privadas da função reprodutora. Além disso, aceito que a reprodução constitua fim precípua do casamento, ter-se-á logicamente de concluir pela anulação de todos os casamentos em que não advenha prole, conclusão absurda e sem qualquer apoio no ordenamento jurídico.

Sobre a mútua assistência, explana Washington de Barros Monteiro (2010, p. 42):

A mútua assistência tem duplo conteúdo: material e imaterial. No aspecto material, tem o significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges. No aspecto imaterial consubstancia-se na proteção aos direitos da personalidade do consorte, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade. E é nesse aspecto, de ordem imaterial, que merece maior destaque a mútua assistência, por exemplo, configurada na proteção ao cônjuge doente ou idoso, no consolo por ocasião do falecimento de um ente querido, na defesa em suas adversidades com terceiros.

E para concluir sobre o casamento, Washington de Barros Monteiro (2010, p.42), mostra, em seu pensamento, que a finalidade precípua de duas pessoas buscarem o casamento é a busca da felicidade, buscando no par e tentando ser para ele, uma busca constante de amor e bem-estar entre ambos, pois

“[...] sendo as pessoas originalmente limitadas e querendo superar suas deficiências, encontram em seu par amoroso o campo fértil para tanto [...]”. (MONTEIRO, 2010, p. 42).

Na esfera legislativa e no âmbito da família moderna, a legislação não dispõe de todas as regras pertinentes ao casamento, sendo que apenas o reconhece criando obrigações e deveres recíprocos, isto é, aqueles aclamados pelo interesse social. (DIAS, 2010).

Como exemplo de direitos e deveres, Maria Berenice Dias (2010, *online*) cita sobre a fidelidade dos cônjuges:

Os mútuos direitos e deveres estão postos no art. 1.566 do Código Civil. O primeiro deles é o de fidelidade recíproca, que representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, mas é exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade. Porém, se eventualmente um ou ambos os cônjuges não cumprem dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal. Seria de admitir-se que deixou de existir a fidelidade, deixou de se poder exigir quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Não mais haveria a possibilidade de buscar a separação pelo fato de não estar estabelecido em lei esse direito-dever ou dever direito dos consortes?

Por seu turno, se comparado o casamento à união estável, passa a ter os meios direitos. Como por exemplo, cita-se o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes [...]”.

Observe-se pelo teor do artigo acima mencionado, que havia uma diferença entre os direitos sucessórios entre casados

e companheiros, considerando que na união estável, somente participaria da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, enquanto no casamento não possui esta diferença.

Mas, na data de 10 de maio de 2017, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgando a Repercussão Geral de nº. 809 – Tema: Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro, reconheceu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), conforme a seguir:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017. (STF. Repercussão Geral de nº. 809 – Tema: Validade de dispositivos do Código Civil que

atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Recurso Extraordinário nº. 878694. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 10 mai. 2017). (BRASIL, 2017, *online*).

Desta forma, tendo sido reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), iguala-se a união estável com o casamento em todos seus aspectos de direitos e deveres.

Assim, na concepção atual da família, a união estável com o casamento não possui diferenciação, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal assim já reconheceu.

3.4 União estável e concubinato

O concubinato se encontra disposto dentro do capítulo da união estável. Assim dispõe o artigo 1.727 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Conforme explica Helder Tavares (2015, *online*):

Trata a lei como concubinato a relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar. Exclui-se da noção de concubinato a relação de pessoas separadas de fato e separadas judicialmente que, apesar de serem impedidas para novo casamento, podem estabelecer união estável, conforme previsão expressa em lei (artigo 1723 do Código Civil).

De tal modo, Helder Tavares (2015, *online*) diz que o concubinato, atualmente, não pode ser entendido como entidade familiar, pelas seguintes razões:

Podemos verificar do acima disposto, que o

Código Civil faz nítida diferença entre “concubinato” e “união estável”, salientando a importância da lealdade e da monogamia. Percebemos, assim, que a nova legislação não aceitou o concubinato adúltero ou incestuoso como entidade familiar, por outro lado, definiu a situação jurídica dessas relações extramatrimoniais consideradas como concubinato, como sociedade de fato, aplicando-se as regras do direito das obrigações. Portanto, o concubinato de hoje não pode ser considerado como entidade familiar e só poderá receber as regras do direito das obrigações, já que é considerado como uma sociedade de fato entre pessoas. Assim, vemos que não é permitida, nestes casos, a aplicação das regras de direito de família.

No entanto, a jurisprudência vem reconhecendo a entidade familiar pelo concubinato, inclusive, para fins previdenciários, conforme a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. BENEFÍCIO DEVIDO. 1. A relação de concubinato mantida em concomitância com uma relação matrimonial não afasta, por si só, o direito da concubina à percepção do benefício de pensão por morte, desde que demonstrada a união estável com o de cujus. In casu, restou comprovado que o de cujus manteve, durante mais de vinte anos, paralela e simultaneamente, o casamento com a autora Dyva e a união estável com a corré Regina, o que, ao que tudo indica, perdurou até a data do seu falecimento, em 2011. 3. O Supremo Tribunal Federal, em 09-03-2012, reconheceu a existência de repercussão geral em processo no qual se discute a possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos

previdenciários (RE 669465). Porém, como a questão pende de decisão definitiva no Supremo Tribunal Federal e sobretudo porque o Judiciário não pode ignorar a realidade dos fatos comprovados nos autos, deve ser reconhecido que ambas - autora e corré - ostentam a condição de dependentes previdenciários do falecido, fazendo jus a corré à pensão em virtude do falecimento deste. (TRF4. Apelação Cível nº. 5013568-26.2013.4.04.7200 / SC. Órgão Julgador: Turma Regional Suplementar. Relator Desembargador Jorge Antonio Maurique. Data do julgamento: 12 jul. 2018). (SANTA CATARINA, 2018, *online*)

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO ADÚLTERINO. BOA-FÉ. Segundo o entendimento uniformizado pela TRU, a existência de impedimentos ao casamento não obsta o reconhecimento de entidade familiar nas hipóteses de concubinato adúltero, quando da vigência de matrimônio válido sem separação, não retirando da concubina a proteção previdenciária, quanto às situações em que reste evidenciada a boa-fé, entendida essa não somente como o desconhecimento de supostos impedimentos ao casamento, mas também nas hipóteses em que a afetividade, estabilidade e ostensibilidade da relação revelem expectativa no sentido de que aquele relacionamento poderá evoluir para o casamento, dependendo do contexto probatório (IUJEF 0000558-54.2009.404.7195, Relatora Susana Sbrogio Galia, D.E. 31/05/2011). (TRF4. Embargos de Declaração em Incidente de Uniformização JEF nº. 5000252-50.2012.4.04.7209 / SC. Órgão Julgador: Turma Regional de Uniformização. Relatora Desembargadora Luciane Merlin Clève Kravetz. Data de julgamento: 30 mai. 2014). (SANTA CATARINA, 2014, *online*).

Assim, mesmo caracterizado o concubinato, a jurisprudência, como a descrita acima, vem entendendo que ele pode sim ser reconhecido como uma entidade familiar, prevalecendo o entendimento que gera os mesmos direitos e deveres que a união estável.

3.5 União homoafetiva

Por fim, existe outra forma de união estável, que é aquela voltada para a homoafetividade, sendo considerada família dentro do atual conceito da entidade familiar.

Sobre a definição de união homoafetiva, é aquela voltada para casais do mesmo sexo, vivendo em relação mútua, gerando afetividade, amor, companheirismo e aspectos de sobrevivência mútua. (DIAS, 2016).

De tal forma, se alguém escolhe viver sua sexualidade com uma pessoa do mesmo sexo, unindo-se entre si e trazendo consigo todas as características de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este que muito se assemelha com o da união estável, é porque agiu dentro de seu direito fundamental. (DIAS, 2016).

Aliás, o relacionamento entre duas pessoas gira em torno do que dispõe o artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “É reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Sobre a equiparação das uniões homoafetivas com a união estável, ela pode ser vista na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na oportunidade em que Maria Berenice Dias (2017, *online*) era desembargadora, sendo que é a mesma quem a transcreve em seu site jurídico:

EI 70006984348
MBD 2003/Cível -----UNIÃO
HOMOAFETIVA. UNIÃO ESTÁVEL.

PARTILHA DE BENS. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. POR MAIORIA, DESACOLHERAM OS EMBARGOS DA SUCESSÃO E ACOLHERAM OS EMBARGOS DE T.M.S. -----

----- EMBARGOS INFRINGENTES 4ºGRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS Nº 70006984348 PORTO ALEGRE SUCESSÃO DE E.H.K., representada por V.F.K. e H.K. 1º EMBARGADO/EMBARGANTE; T.M.S. 2º EMBARGADO/EMBARGANTE.

[...] A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher. A semelhança autorizadora seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com pessoas de sexos diferentes, argumento que avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Federal, outros princípios constitucionais, como o da isonomia e a proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual, como também o da dignidade humana. Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a

distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

Portanto, a união homoafetiva pode ser caracterizada também como união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo que a diferença entre a redação legal e a prática é a questão dos componentes serem do mesmo sexo. (DIAS, 2016).

Importante ressaltar que a homoafetividade foi objeto de análise no ano de 2011, onde o Supremo Tribunal Federal, interpretando a lei de forma a atender aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 4.277 (BRASIL, 2009), reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

Assim se formou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à homoafetividade:

Observe-se, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é voltada para a dignidade da pessoa, na qual corresponde ao direito do casal homoafetivo viver em união estável, e, por consequência, serem adotadas as regras do Código Civil (BRASIL, 2002) e demais legislações infraconstitucionais no que tange a direitos e deveres, inclusive, na sucessão e herança. (DIAS, 2016).

Como se viu até aqui, a união estável se tornou um instituto presente no cotidiano das famílias brasileiras, sendo assim, merece destaque os requisitos de sua formação, mesmo sendo fundada na ausência de formalidades, diferentemente do casamento, que é um ato formal e solene, é necessário descrever os requisitos ou pressupostos da união estável para que se possa fazer a prova da existência desse vínculo (GONÇALVES, 2014).

4 CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL: REQUISITOS, DIREITOS E DEVERES

Para que fique configurada a união estável é necessário o preenchimento de certos requisitos, e caso configurados, passam os companheiros a terem direitos e deveres recíprocos.

Mas antes de apresentar sobre tais requisitos, importante demonstrar a amplitude da união estável em relação às atuais formas de concepção de família, conforme explica Maria Berenice Dias (2010, *online*):

No contexto de um mundo globalizado, com a emancipação feminina, a evolução dos costumes e os avanços da engenharia genética, foram rompidos os paradigmas a que estava condicionada a família: casamento, sexo e reprodução. O casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, o sexo deixou de ter lugar exclusivamente no matrimônio, e o contato sexual se tornou dispensável para a procriação. Conforme Roussel, não se pode mais pensar a família no singular, e imperiosa é a busca de novos referenciais para inserir no âmbito do Direito os mais diversos relacionamentos interpessoais. [...] A própria Constituição Federal reconheceu como entidade familiar e assegurou proteção à união estável e à comunidade dos pais com seus descendentes. Mas não só nesse limitado universo se flagra a presença de uma família. Não se pode deixar de ver como família a universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais. Dentro desse espectro mais amplo, descabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si uma relação pontificada pelo afeto, a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. A flexibilização decorrente da contemporaneidade vem permitindo que os relacionamentos antes clandestinos e marginalizados adquiram visibilidade, o que

acabará conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para viver. Basta lembrar que nem mais o convívio sob o mesmo teto é indispensável para o reconhecimento de uma entidade familiar, bastando para sua configuração a manutenção de uma vida em comum. Estão acabando os casamentos de fachada, não se justificando relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social. [...] A união estável nasce do simples fato da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação, como sinala Euclides de Oliveira. No entanto, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos. Quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o bem figurar como de propriedade de um não afasta a co-titularidade do outro. O estado condominial que se estabelece ex vi legis não permite que o comprador aliene o bem comum sem a vênia do convivente. A constituição da união estável leva à perda da disponibilidade dos bens adquiridos. O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio que exsurge por força de lei. Portanto, para o aperfeiçoamento de todo e qualquer ato de disposição do patrimônio comum, é indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários.

A seguir, Maria Helena Diniz (2010, p. 173) passa a demonstrar acerca dos elementos que autorizam o reconhecimento da união estável:

Apesar de a lei ter usado o vocábulo público como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige, com certeza, é a notoriedade. (...) A publicidade denota a notoriedade da relação no

meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de "como se casados fossem". Ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto, a durabilidade a continuidade do vínculo. [...] O objetivo de constituição de família é pressuposto de caráter subjetivo. A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais eram proibidas. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão só por impedimento legal. [...] Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo. [...] A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como entidade. [...] Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco.

Ademais, Sílvio Rodrigues (2004, p. 85) aponta os respectivos elementos para demonstrar o conceito de união estável:

[...] uma convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros, devendo a união estável, como um fato social, ser evidenciada publicamente, tal como acontece com o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem.

Significa que a união estável se lastreia pelas características de ser pública, contínua e duradoura, de modo a se configurar na relação convivida entre os consortes, na qual possa um beneficiar do outro em relação a possíveis benefícios e dependência. (RODRIGUES, 2004). Na verdade, estas características se tratam dos próprios requisitos da união estável, sendo que lei assim determina, conforme o *caput* do artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais corrobora com este entendimento da doutrina e legislação, apresentando as seguintes características para configuração da união estável:

APELAÇÃO CÍVEL - SISTEMA MUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR DO MUNICÍPIO DE BARBACENA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, NOTÓRIA, DURADOURA E COM OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA - COMPROVAÇÃO - PENSÃO POR MORTE - COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE COMPANHEIRO - DEVIDA A CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE - PROVIMENTO DO RECURSO. A Constituição da República, em seu art. 226, §3º, conferiu nova dimensão à concepção de família, alçando a união estável à categoria de verdadeira entidade familiar, ao lado do matrimônio e das famílias monoparentais. A caracterização da união estável demanda a demonstração da comunhão de vida, responsabilidades e do patrimônio do casal, além do propósito de constituir família,

elementos que traduzem a estabilidade e segurança do relacionamento compatível com o verificado no casamento. Diante do reconhecimento da união estável entre a apelante e a falecida, que por sua vez era servidora pública do Município de Barbacena, é devida a concessão de pensão por morte à companheira da falecida. (TJMG. Apelação Cível 1.0056.13.017993-2/002 0179932-83.2013.8.13.0056 (1). Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Carlos Roberto de Faria. Data de julgamento: 17 mai. 2018. Data de publicação: 28 mai. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*).

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - PROVA DOCUMENTAL E ORAL - IMPEDIMENTO: INOCORRÊNCIA - ESCRITURA PÚBLICA - TERMOS INICIAL E FINAL - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - CONFISSÃO - PROVA TESTEMUNHAL - CONTRADIÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO - INSUFICIÊNCIA. 1. A união estável demanda a existência de união contínua, pública e duradoura, com intenção de constituir família, desde que não haja qualquer causa impeditiva do art. 1.521 do Código Civil brasileiro (CC). 2. Comprovada a existência dos requisitos da união e estável, seja por prova documental e/ou oral, e ausente quaisquer dos impedimentos legais para sua configuração, impõe-se o seu reconhecimento. 3. O conteúdo da declaração em escritura pública da existência de união estável, pelos conviventes, goza da presunção relativa de veracidade. 4. Não prevalece o termo inicial da união estável declarada em escritura pública se, em juízo, houve confissão em sentido contrário. 5. Sem prova bastante do termo final do relacionamento, a prova testemunhal e o depoimento pessoal da parte perdem força de convencimento se reciprocamente contraditórios. 6. À míngua de prova bastante,

adota-se como termo final da união estável o ano de lavratura da escritura pública, ato mais recente provado nos autos que praticaram juntos. (TJMG. Apelação Cível 1.0701.14.037614-9/001 0376149-70.2014.8.13.0701 (1). Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Oliveira Firmo. Data de julgamento: 27 fev. 2018. Data de publicação: 02 mar. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*).

E tendo em vista essa amplitude da união estável, tendo como características ser de convivência pública, contínua e duradoura, essas características também serão aplicáveis ao que tange a configuração de união de casais do mesmo sexo, conforme se faz interpretação do julgado apresentado no tópico 3.5 deste trabalho.

Assim, pode-se concluir que a união homoafetiva, sendo a união de duas pessoas do mesmo sexo, também possui por objetivo a formação da família, e da mesma forma que é na união estável, trata-se de um tipo de família que deve ser protegida pelo Estado.

Para que se proceda com a comprovação destes requisitos, a união estável pode ser realizada através de escritura pública, definindo a data do início e de sua dissolução. Porém, a Justiça também poderá declarar a existência do início e fim da união estável, bastando apresentar em juízo as provas pertinentes ao caso, que poderá ser através de documentos e testemunhas. (HIRONAKA, 2009).

Nesse prisma, Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p. 02) demonstra algumas questões importantes sobre a união estável, que se atrelam aos direitos e deveres dos companheiros:

A união estável estando caracterizada gera direitos e deveres como no casamento. Há reflexos na vida pessoal e patrimonial do casal que não devem ser ignorados. No entanto a

preocupação com a situação patrimonial normalmente surge no momento da ruptura do relacionamento, quando não há mais condições de convivência. É fácil identificar o início e término do casamento. Porém, na união estável o início e o término da convivência dependem de prova testemunhal ou documental, que nem sempre é facilmente produzida. Uma característica marcante da união estável é a informalidade. Nada impede os companheiros de terminar a vida em comum apenas rompendo a convivência sem formalidade alguma. Se houver bens adquiridos na constância da união ou filhos credores de pensão alimentícia é necessária a homologação judicial, como nas separações judiciais dos casados, para que tudo fique formalizado. O motivo da separação do casal não influencia a partilha dos bens, ou seja, a existência ou não de culpa dos companheiros não excluiu o seu direito na parte que lhe compete no imóvel. Na falta de um acerto amigável, as questões meramente patrimoniais são solucionadas com o ingresso de ação declaratória de reconhecimento da união estável e a consequente dissolução da união, respeitando a meação ou outra disposição contratual.

Por sua vez, conforme mencionado alhures, um dos direitos que os companheiros possuem na constância da união estável é quanto ao regime de bens, que será o da comunhão parcial de bens, conforme determina o artigo 1.725 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), que assim dispõe: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

O regime de comunhão parcial de bens, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 474), é aquele que se caracteriza por:

“[...] estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns”.

Outro direito que existe é quanto à partilha, que ocorrerá da mesma forma como do casamento, ou seja, o regime de bens terá início a partir da união dos consortes até a data de sua ruptura e dissolução.

Portanto, o direito à partilha dos bens adquiridos na constância da união estável, da mesma forma, é matéria absolutamente incontroversa e passível de ser definida pela via judicial. (DIAS, 2013).

Outros direitos e deveres são mencionados por Álvaro Villaça Azevedo (2012, p. 36), dentre eles, o da reciprocidade entre os companheiros:

O art. 1.724 do Código Civil estabelece deveres mútuos que devem existir nessas uniões: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” O descumprimento tanto do dever de lealdade quanto o de respeito mutuo, provocam injurias graves. O adultério quebra o direito dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre companheiros, porém, ambos devem ser leais. A assistência reciproca engloba a assistência material, no âmbito do patrimônio, especialmente os alimentos entre conviventes, e a assistência moral. Já a guarda, sustento e educação dos filhos são deveres intrínsecos á condição de quem é pai ou mãe, e correspondem aos alimentos indispensáveis á preservação da subsistência e da saúde, os relativos a vestuário e a educação.

Maria Berenice Dias (2016, p. 354) menciona ainda

sobre outro direito, como o do uso do sobrenome do companheiro: “O art. 57 da Lei 6.015/73 permite que a convivente tenha o direito de ter averbado em seu registro de nascimento o sobrenome do seu companheiro, se houver vida comum há mais de 5 anos ou houver filhos comuns”.

Outro importante direito é quanto o aspecto dos alimentos ao companheiro quando a união estável vier a se dissolver. O artigo 1.724 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), dispõe que os alimentos também é um dever que recai sobre os companheiros: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Logo, a norma civil deixa clara a obrigação de sustento aos companheiros, devendo ser prestado para aquele que não consiga se sustentar sozinho. Sobre este aspecto, diz o Ministro Cezar Peluso citado por Ricardo Jorge Gueiros Cavalcante Júnior (2014, *online*):

Os deveres de lealdade, respeito e assistência constituem conceitos jurídicos indeterminados. A lei não prevê consequências pra o descumprimento dos presentes deveres, como fez para o casamento. O rompimento da relação poderá ser uma saída para o companheiro que não aceitar o comportamento do outro, sendo que tal medida independerá de autorização judicial. Contudo, quando os companheiros estiverem de acordo com a dissolução da união estável, poderão solicitar a homologação judicial, independentemente de esta ter previsão legal, ter sido realizada por instrumento particular ou não ter sido inicialmente formalizada em juízo. [...] Além dos deveres recíprocos relacionados neste artigo, há outros implícitos – teoria dos deveres implícitos – que devem ser respeitados pelos companheiros, como o de respeito pela dignidade da família, o de não expor o outro convivente a companhias degradantes, o de não conduzir a companheira a

ambientes de baixa moral.

Neste enfoque, Maria Helena Diniz (2009, p. 1.223), ensina que a união estável gera o dever de mútua assistência: “[...] importante ressaltarmos que todo direito gera dever e, em sendo assim, todo dever emana de direito”.

Paulo Lôbo (2011) também explica a respeito do dever da mútua assistência, dividindo-a em dois segmentos, no da moral e no material. Assim, entende-se que a assistência material é aquela relacionada ao patrimônio dos companheiros, e aí se liga os alimentos, que devem permanecer mesmo dissolvida a união estável, sem cogitar a culpa do rompimento do relacionamento.

Nesse mesmo sentido, Flávio Tartuce descreve sobre a questão dos alimentos relativos aos companheiros (2014, p. 468):

[...] o pressuposto ou fundamento legal para o dever de prestar alimentos nas relações familiares consta do art. 1694, *caput*, do CC/2002, que tem a seguinte redação: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Diante da tendência de reconhecimento da união homoafetiva e do casamento homoafetivo como entidades familiares [...] firma-se a premissa de que os alimentos também podem ser pleiteados em tais relacionamentos familiares, sem qualquer distinção.

O conteúdo dos alimentos visa, primeiramente, a manter o estado anterior (*status quo*), o que inclui, pelo sentido textual do dispositivo, a educação. Todavia, deve-se ter em mente que o pagamento dos alimentos deve ser analisado de acordo com o contexto social, não se admitindo exageros na sua fixação. [...]

Sobre as legislações que tratavam de alimentos relativos aos companheiros, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 412) traça um panorama histórico, onde aborda as primeiras legislações que trouxeram esse direito e como ele se materializada:

Até a Lei nº 8.971/94, os tribunais entendiam majoritariamente que não existia dever alimentar entre os companheiros, pois silenciava a lei na proteção específica a essa união, embora vários diplomas legais a protegessem. Havia, porém, quem entendesse o contrário, admitindo o cabimento de pensão à ex-companheira, comprovada a convivência duradoura (Pereira, 1998:123). Essa lei permitiu, no art. 1º que a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Ainda nessa mesma linha de estudo sobre a evolução das legislações sobre alimentos a serem prestados aos separados companheiros, Sílvio Salvo de Venosa (2005) mostra que foi a Lei nº 9.278/96 que trouxe o reconhecimento da união estável e estabeleceu, positivamente e agora de forma clara, no seu artigo 7º o dever de alimentos.

Ainda no mesmo raciocínio, o autor citado acima, ensina que com o advento no Novo Código Civil de 2002 tais leis foram revogadas, passando a união estável ser regulada pelo referido código, dos artigos 1723 ao artigo 1727, e que esta codificação acabou com as dúvidas referentes ao dever de prestar alimentos no caso de dissolução da união estável, sendo estes devidos sempre que houver uma necessidade e uma possibilidade.

Assim, pode-se perceber que não há dúvidas quanto a

doutrina ser sedimentada em relação ao dever de assistência mútua em relação aos companheiros, que nasce quando a união estável se estabelece e perpetua até sua extinção ou dissolução. (CAVALCANTE JÚNIOR, 2014).

Para salientar, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 732), usando de outro embasamento legal para reforçar o dever de alimentos oriundos da dissolução da união estável, afirmam que apesar do art. 1.694 do CC/2002 não trazer claramente sobre o dever de pensão alimentícia a ser devido pelos companheiros, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o binômio possibilidade-necessidade, todas as regras de alimentos relativas ao casamento devem ser aplicados à união estável, até pelo fato de a Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo terceiro, incluí-la como uma entidade familiar, que deve gozar de proteção.

E para demonstrar a teor da jurisprudência sobre os alimentos a ex-companheira, pertinente transcrever alguns julgados, dentre eles, do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. Bem imóvel que, segundo certidão de registro, foi adquirido onerosamente na constância da união estável. Partilha em partes iguais para cada companheiro. Plantação cítrica e galpão para criação de animais, que também devem ser partilhados, tendo em vista que a companheira auxiliava o varão na atividade rural, angariando o sustento da família. Alimentos fixados de acordo com o binômio: necessidade x possibilidade. Sentença parcialmente reformada. Apelação parcialmente provida para julgar a ação integralmente procedente. Sucumbência total do réu. (TJSP. Apelação nº. 9000009-14.2008.8.26.0037. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador

Ramon Mateo Júnior. Data de julgamento: 17 out. 2012. Data de publicação: 08 nov. 2012). (SÃO PAULO, 2012, *online*).

No caso acima, fica reconhecido o direito aos alimentos a ex-companheira em razão da necessidade e possibilidade. Trata-se, portanto, do dever de sustento que existe entre os consortes na união estável, mesmo que haja a sua posterior dissolução. É o que ocorre, também, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação cível. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Alimentos. Credora ex-companheira. Binômio atendido. Arbitramento mantido. Recurso não provido. 1. O valor dos alimentos é arbitrado na proporção da necessidade do credor e da possibilidade do devedor. 2. Verificado o equilíbrio no binômio, o arbitramento deve ser mantido. 3. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial. V.v. EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ALIMENTOS PROVISÓRIO - REQUISITOS PRESENTES - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - DEVER LEGAL DE PROVER ALIMENTOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Diante da presença do binômio necessidade/possibilidade, justifica-se a fixação dos alimentos provisórios. - Conforme prevê o CCB/2002, o dever de prover alimentos não termina com o fim do casamento, quando o ex-cônjuge requerente demonstra a necessidade de seu recebimento. (Desembargadora Hilda Teixeira da Costa). (TJ-MG - AC: 10024102899846001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 03/09/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/09/2013). (MINAS GERAIS,

Outros direitos e deveres existem entre os companheiros, como nos seguintes casos: companheiro como herdeiro; companheiro como sucessor; usufruto; direito real de habitação; meação etc. Todos estes direitos e deveres são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, sendo que se constata que a união estável se iguala ao casamento. (DIAS, 2013).

Portanto, desde que configurados os requisitos e características de uma união estável, os companheiros passam a ter inúmeros direitos e deveres recíprocos, que mesmo não estando todos previstos na legislação, são reconhecidos pela Justiça, obtendo assim uma igualdade quanto às outras formas de constituição de família.

5 CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho fica demonstrada como a evolução da sociedade, dos costumes e da mudança de pensamentos sobre o que é certo e errado contribuem para a positivação dos direitos.

Percebe-se que em momento inicial sobre o estudo da evolução da família, está se formando de maneira legítima apenas pelo casamento, e era regulada pela autoridade paterna.

Com o passar dos anos, o poder patriarcal foi diminuindo, se transformando em poder familiar, houve maior destaque da mulher na sociedade e os filhos passaram a ter maior autonomia, o que fez com que houvesse um rompimento de paradigmas extremamente conservadores da sociedade.

Através disso, o instituto do casamento, que era o único que gerava a formação da família, foi relativizado, já que a vida fática é sempre bem mais dinâmica e se altera com muito mais facilidade que as legislações, por isso se faz tão importante o papel do magistrado, pois é por ele que se consegue aplicar a

lei de forma a se adaptar ao caso concreto, e assim, as jurisprudências valerem como fontes para ver o direito amoldado à situação de maneira efetiva.

Por esse dinamismo, por essas mudanças da sociedade, é que vários modos de vivência contribuíram para a alteração das legislações. Hoje tem-se o reconhecimento da união estável como entidade familiar, dotada de todos os direitos e deveres inerentes ao casamento; não há mais distinção entre filhos; o adultério deixou de ser crime; a culpa não é mais discutida no processo de divórcio; entre tantas outras mudanças que primeiro ocorreram no seio da família para depois ter uma positivação.

Assim que se tornou interessante o estudo sobre a evolução da família, já que, como se menciona na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 226, aquela é a base da sociedade, de modo que é o centro de toda alteração na sociedade, de toda transformação social. As mudanças de uma sociedade sempre partem de dentro das famílias, do valor que elas passam a dar para cada momento da história, já que são as primeiras formadoras de opinião do indivíduo.

Diante disso, conclui-se que a união estável é a união de duas pessoas, não importando se de sexos iguais ou diferentes, que possuem direitos e deveres recíprocos entre si.

Isto decorre das mudanças apresentadas nos valores conservadores das famílias, conforme visto no primeiro capítulo, que passam a ser mais abertas, dinâmicas, com lado afetivo de amor e sintonia pelo próximo.

Significa que o lado afetivo, sentimental, ganha destaque e maior importância do que o simples laço sanguíneo, restando claro que a família atual é voltada pelo conceito da pós-modernidade.

Deste modo, surge à instituição da união estável, que vem se tornando cada vez mais importante para as famílias. Inclusive, no aspecto da união homoafetiva, em que ela vem se demonstrando ser essencial, pois, garante aos companheiros os mesmos direitos e deveres de uma união heterossexual.

Aliás, este tipo de união foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, criando assim uma forma de constituição de família que merece ser amparado pelo Estado.

De igual modo, surgem os requisitos da união estável, que dentre eles são: a convivência pública, contínua e duradoura, na qual possui como objetivo essencial à constituição da família.

Caso configurados os requisitos e características da união estável, ambos os companheiros passam a ter direitos e deveres, que se situam nos aspectos da lealdade e reciprocidade, e também, quanto aos efeitos sucessórios, patrimoniais e de prestação de auxílio, como no caso dos alimentos.

Assim, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, visa resguardar um mínimo de dignidade as pessoas, de modo a preencher com os aspectos da constituição da família, que dentre eles se destaca a união estável, que se agrega a proteção da família.

Portanto, existindo um núcleo familiar e estando presente o elo de afetividade a envolver os companheiros, se torna imperioso o reconhecimento do ente familiar, em especial, pela união estável, sendo um instituto do Direito de Família que mais cresce no país, em virtude de sua facilidade e pela proteção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família – o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. In: **JUS**, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>>. Acesso em: 22 set. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação**. 3.

ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Lei nº. 11.340/06, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.971/94, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. In: **Palácio do Planalto**, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.278/96, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. In: **Palácio do Planalto**, 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 159.851 / SP. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. In: **STJ**, 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=159851&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. In: **STF**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral de nº. 809 – Tema: Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Recurso Extraordinário nº. 878694. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. In: **STF**, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CAPPARELLI, Júlio César. **Manual sobre o matrimônio no direito canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ricardo Jorge Gueiros. Alimentos para ex-companheira da dissolução da união estável dever mútuo de assistência. In: **Jus**, 2014. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/32328/alimentos-para-ex-companheira-da-dissolucao-da-uniao-estavel>>. Acesso em: 15 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. In: **Maria Berenice**, 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_fam%EDlias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto_e_d_a_lei.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Jurisprudência. In: **Maria Berenice**, 2017. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1168>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Novos tempos, novos termos. In: **Maria Berenice**, 2018. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_578\)4__novos_tempos__novos_termos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_578)4__novos_tempos__novos_termos.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. In: **Maria Berenice**, 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_549\)2__o_dever_de_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_549)2__o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Sociedade de fato. In: **Maria Berenice**, 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_792\)1__sociedade_de_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_792)1__sociedade_de_afeto.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

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

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURÃES, Heloisa Maria Ferreira. União estável e herança. In: **Conteúdo Jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.588671>>. Acesso em: 12 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v. 6: famílias. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito de Família, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 2899846-62.2010.8.13.0024. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator Desembargador Caetano Levi Lopes. In: **TJMG**, 2013. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116982775/apelacao-civel-ac-10024102899846001-mg/inteiro-teor-116982841>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Apelação Cível 1.0056.13.017993-2/002 0179932-83.2013.8.13.0056 (1). Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Relator Desembargador Carlos Roberto de Faria. In: **TJMG**, 2018. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1111&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=configura%E7%E3o%20uni%E3o%20est%E1vel&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0701.14.037614-9/001 0376149-70.2014.8.13.0701 (1). Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Oliveira Firmo. In: **TJMG**, 2018. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=1111&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=configura%E7%E3o%20uni%E3o%20est%E1vel&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40. ed. atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional da 4ª Região. Embargos de Declaração em Incidente de Uniformização JEF nº. 5000252-50.2012.4.04.7209 / SC. Órgão Julgador: Turma Regional de Uniformização. Relatora Desembargadora Luciane Merlin Clève Kravetz. In: **TRF4**, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 10 out. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº. 5013568-26.2013.4.04.7200 / SC. Órgão Julgador: Turma Regional Suplementar. Relator Desembargador Jorge Antonio Maurique. In: **TRF4**. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50135682620134047200&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=77a9b14d71b555a9f6b19ea0a1cb8be2&txtPalavraGerada=aNuj>. Acesso em: 10 out. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº. 9000009-14.2008.8.26.0037. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ramon Mateo Júnior. In: **TJSP**, 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do;jsessionid=35D9E63C0FCA8CC01DF6CEE97C1DD41F.cjsjg2>>. Acesso em: 15 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, Helder. conceito de união estável e concubinato nos os tribunais nacionais. In: **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://heldertavares.jusbrasil.com.br/artigos/307831036/o->

conceito-de-uniao-estavel-e-concubinato-nos-os-tribunais-nacionais>. Acesso em: 10 out. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALIENAÇÃO PARENTAL: um estudo da responsabilidade civil do alienador frente à dignidade da pessoa humana do menor

Paula Martins Santos Flores³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a apresentação e elucidação decorrente do tema da Alienação Parental frente a responsabilidade civil do alienador e a violação do princípio da dignidade humana, de forma a contemplar o seu conceito, efeitos, consequências e penalidades. Para tanto, fora construída a história do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelas espécies de guarda e filiação. Ademais, foram apresentados acórdãos que demonstram o acatamento do Poder Judiciário da legislação que versa sobre o tema, sendo aplicadas as sanções previstas na Lei de Alienação Parental.

Palavras-chave: Alienação parental. Direito de Família. Guarda.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer da vida do ser humano, onde este completa os chamados ciclos naturais, no qual nasce em um grupo familiar, cresce e se desenvolve com apoio de seus familiares e amigos, tem filhos e companheiros amorosos, ocorrem inúmeros fatos que produzem no mundo jurídico, direitos e obrigações àqueles que os cometem, sendo que esses deveres e direitos estão previstos e normatizados em lei. (LENZA, 2014).

Por sua vez, as legislações mundanas estão intimamente ligadas e são diretamente influenciadas pelos costumes e cultura daquele grupo para o qual é criada e imposta, sendo que em muito podem se diferenciar conforme a região e época que surgira. Como exemplo desse fato, pode-se exaltar que há países no Oriente Médio nos quais as mulheres não possuem direito ao voto, o que em muito se distingue da legislação brasileira atual, pois em 1934 fora instituído pelo Código Eleitoral o voto feminino.

Nesse sentido, nota-se a importância do direito ao ser humano, o qual necessita deste para realizar qualquer atividade da vida comum, estando presente desde seu nascimento até sua morte.

O Direito tem como uma de suas mais marcantes características, inquestionavelmente, a mudança e atualização conforme o próprio desenvolvimento das sociedades para o qual ele existe. Sendo multifacetário, o Direito tutela tanto o interesse particular, quanto o coletivo, normatizando desde a uma simples relação privada até relações internacionais.

Diante de tamanha aplicação e em decorrência das dificuldades das estruturas estatais para atendimento das demandas sociais da população, o Direito também passou a enfrentar situações problemáticas que obstaculizam sua efetividade e eficiência, que inevitavelmente postergam o desenvolvimento das sociedades.

É nesse momento que o presente trabalho de conclusão de curso tem seu objetivo fundado, isto é, com o surgimento de novas demandas da população no âmbito do direito de família, o instituto da alienação parental vem para atender e debater sobre qualquer ameaça ou lesão ao direito da criança ou adolescente ao convívio parental, que cada vez mais faz parte da realidade de muitos brasileiros. Embora situações como as tratadas pela alienação parental já existissem anteriormente, as lacunas devem ser preenchidas para evitar qualquer tipo de violação constitucionalmente previsto sem a devida punição.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Por esse motivo, entendendo-se que o Direito acompanha a realidade, a alienação parental ainda precisa ser devidamente discutida e, mais importante, requer de normas concretas que permeiam nesse terreno, trazendo maior segurança jurídica e social às partes envolvidas.

E, ainda, há de mencionar, oportunamente, que a falta da efetivação da proteção concreta que é prevista na legislação brasileira abre precedentes para a ocorrência desse mal, sendo que pode a tutela jurisdicional ser afastada de pessoas que necessitam tornar efetivo seu direito de convivência e participação na vida dos filhos (BARROSO, 2014).

A fim de exaltar a importância do reconhecimento e estudo da alienação parental, esse trabalho visa elucidar os pressupostos para a ocorrência desse “crime”, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil do alienador, ou seja, aquele que pratica a alienação, em detrimento da dignidade da pessoa humana e do menor, isto é, sua responsabilização por afrontar os direitos previstos na Carta Magna.

Assim, o ponto alto para o atingimento da finalidade deste projeto é: a que ponto a alienação parental pode prejudicar a vida, os direitos e o desenvolvimento do menor? E mais, até onde é vai o limite da responsabilidade civil do alienador para que não atinja e viole o princípio da dignidade da pessoa humana?

Para responder a essas questões, o presente trabalho será desenvolvido e dividido em segmentos, iniciando-se com a instituição familiar no ordenamento jurídico brasileiro, explorando como a mesma é tratada e qual posição ocupa frente à evolução do direito.

Em seguida, será tratado o instituto da alienação parental, abordando suas características, pressupostos, efeitos e consequências, bem como adentrando a responsabilidade civil do alienador.

Após ser apresentado e explanado o problema, apresentar-se-á eventuais soluções para o problema, remetendo-se às legislações já existentes e demonstrando maneiras

alternativas que são capazes de frear a expansão desse ilícito civil.

Por fim, por se tratar de uma conduta ilícita, rechaçada pelo direito serão apresentadas algumas possibilidades de responsabilização civil do alienador, a fim de se romper e diminuir eventuais prejuízos que poderiam ser sofridos pelo menor.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo “dignidade da pessoa humana” tem origem secular na filosofia, onde pensadores inovadores como Cícero, Pico e Immanuel Kant elaboraram ideias como o antropocentrismo, o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino. (BARROSO, 2014).

Possuindo raízes na ética e na filosofia moral, a dignidade da pessoa humana é, primeiramente, um valor, ou seja, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. (BARROSO, 2014).

Neste sentido, fica fácil perceber que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões: uma interna, que expressa no intrínseco ou próprio de cada indivíduo, e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. (BARROSO, 2014).

Destarte, compreender os valores que o princípio da dignidade da pessoa humana traz em si é fundamental para entender os contornos e os resultados maléficis da alienação parental, uma vez que esta prática fere o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os demais dele decorrentes. (BARROSO, 2014).

Luiz Roberto Barroso (2014) assim conceitua e delimita a dignidade da pessoa humana:

[...] na medida em que a dignidade tem ganhado importância, tanto no âmbito interno quanto no discurso transnacional, se faz necessário estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, a fim de unificar o seu uso e lhe conferir alguma objetividade. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). (BARROSO, 2014, p.72).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988 previu no art.1º, III, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que se comporta como um princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, estabelecendo um regramento inafastável de proteção da pessoa. E, pode-se afirmar que dentre as áreas do Direito Privado, a dignidade da pessoa humana tem maior destaque e consideração para a tomada de qualquer medida no Direito de Família. (TARTUCE, 2016).

A propósito:

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. (MIRANDA; MEDEIROS, 2004, p.53, *apud* TARTUCE, 2016, p.1184).

E neste sentido, assim afirma Dias (2015):

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. (DIAS, 2015, p.44).

Ademais, esse pilar que fundamenta o maior dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro atual deve ser analisado a partir da realidade do ser humano em seu contexto social. Pelos naturais diálogos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), entende-se que os pais têm um dever de dar auxílio psicológico aos filhos, com base na ideia de cuidado jurídico, assim, quando este cuidado não é observado, como no caso da alienação parental, poderá haver um abalo na dignidade da pessoa do filho, como também, a ocorrência de danos morais. (TARTUCE, 2016).

Neste sentido, leciona o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2014):

O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Preleciona Rodrigo da Cunha Pereira que “a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Todas

essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um 'declínio do patriarcalismo' e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas". O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227). (GONÇALVES, 2014, p. 267).

Como se percebe, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, dele se irradiando todos os demais, como o princípio da liberdade, da autonomia privada, da cidadania, da igualdade, da solidariedade, etc. O princípio da dignidade da pessoa humana é o centro axiológico da ordem constitucional, balizando não apenas os atos estatais, mas todas as relações privadas que se desenvolvem na sociedade. (DIAS, 2015).

Na precisa lição de Maria Berenice Dias (2015):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2015, p.45).

O Direito das famílias está estritamente ligado aos direitos humanos, que têm fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, este que encontra na família o campo apropriado para o pleno desenvolvimento pessoal e

social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (DIAS, 2015).

3 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde os primórdios da existência humana, o conceito de família já existia e baseava-se num agrupamento de pessoas que estavam ligadas e conviviam entre si com o objetivo de procriação. Tinha cunho patrimonial e patriarcal, isto é, respectivamente, tinham como objetivo manter-se agrupados para a produção rural e obter o sustento e havia a imagem do pai como o líder, o chefe do "bando".

Houve transformação desse cenário após a Revolução Industrial, ocorrida entre o final do século XVIII e início do século XIX, mormente porque houve grande migração das pessoas do meio rural ao meio urbano, fenômeno conhecido por êxodo rural, de modo com que somada as novas condições de vida da cidade – baixos salários, aumento populacional não acompanhado pela estrutura urbana – o sustento tornou-se altamente dificultoso. Sendo assim, ao contrário do que uma vez foi, as famílias tenderam a diminuir a quantidade de seus membros, passando-se a conviver e a se relacionar com um grupo menor, comumente composto pelos pais e sua prole.

Juntamente com a necessidade anteriormente exposta, passou-se a notar que o que unia as pessoas dentro de um grupo familiar também era o afeto.

Destaca-se para a passagem de Pereira (2004, p. 17):

O direito de família atual evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as

verdadeiras valorações que orientam as sociedades grupais. (PEREIRA, 2004, p. 17).

O Brasil também acompanhara essa evolução do conceito de família, o que fora refletindo diretamente nas normas que regulamentavam as matérias relativas, principalmente, ao direito público no âmbito do lar.

No ordenamento jurídico brasileiro pode-se considerar como um dos pilares para a criação de leis, normas e outros institutos, a importância que a família representa na vida de um cidadão, tanto em sua formação, como para a sua existência.

Enxerga-se isso na própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que dispõe que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

Atualmente, o conceito de família é resultado de uma expansão expressiva, uma evolução do direito, isso porque vários grupos de pessoas são hoje considerados família, seja ele constituído apenas de mãe e filhos, pai e filhos, casais homossexuais, entre outros.

No entanto, nem sempre foi assim.

Tem-se como um exemplo o Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916, o qual dispunha que a família constituía-se a partir da celebração de matrimônio entre um homem e uma mulher. Não havia representatividade da sociedade real em seu texto, de modo com que boa parte da população não se enquadrava nesses termos. Por esse conceito, não era considerada família quando havia união de duas pessoas sem o matrimônio, não seriam família, ademais, mães solteiras. Havia lacunas a serem preenchidas.

Além disso, não havia a possibilidade do divórcio, o matrimônio era indissolúvel, havia a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, claramente numa tentativa de se preservar o casamento entre homem e mulher.

Por outro lado, as normas do direito de família foram tomando novos rumos a partir do passar do tempo, na tentativa clara de acompanhar as mudanças da sociedade e, felizmente,

soltando as amarras dos preconceitos seculares. Nesse sentido, preceitua Maria Helena Diniz (2010, p. 73):

[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida, etc. (DINIZ, 2010, p. 73)

A “nova faceta” do direito mostrou-se mais inclusivo, ao passo que tentou abarcar as mais diversas formas de afeto que são o fundamento para formar os grupos familiares.

Pode-se notar essa transformação a partir de leis que foram entrando em vigor tempos depois do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), como a Emenda Constituição nº 9/77 (BRASIL, 1977) e a Lei nº 6.515/77 (BRASIL, 1977), que instituíram o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que o vínculo matrimonial poderia ser desfeito quando as partes assim desejarem.

Também restou clara a inclusão dos novos tipos familiares por parte do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.189.378-RS (BRASIL, 2016), em 2010, ao reconhecer a inexistência do óbice relativo à igualdade de sexos:

“Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado

melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/88, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto”. (BRASIL, 2010, RESP 1.183.378-RS).

No livro de Direito das Famílias, Maria Berenice Dias (2015, p. 370), trouxe o conceito subjetivo de família, priorizando contemplar seu caráter amplo, abarcando as diversas famílias existentes:

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo [...]. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. (DIAS, 2015, p. 370).

3.1 A família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

Dessa mesma forma, tem-se a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que sacramentou que todos são iguais perante a lei, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações (art. 5º, caput e §1º), rompendo com a figura patriarcal superior dentro da concepção familiar, ou seja, como o líder do bando, passando a colocar o homem no mesmo

patamar de igualdade da mulher, sendo que ambos têm no matrimônio deveres e obrigações, não podendo um sobrepor ao outro pela simples distinção do gênero.

A família, ademais, fora contemplada em diversos momentos na Carta Magna, e, boa parte em que há sua menção, está inserida em dispositivos que demonstram que o Estado objetiva a sua proteção e a de seus membros, como o art. 203, I: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade [...].”

Também fora a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que trouxe a possibilidade do instituto da união estável entre duas pessoas, tornando-se este mais um tipo de estrutura familiar protegido por lei – art. 226, §3º e § 4º.

Por seu turno, a família recebera em sua integralidade o Livro IV do Código Civil de 2002, no qual são regulamentados os assuntos pertinentes ao tema, como o casamento – processo de habilitação, celebração, provas, invalidade, impedimentos, eficácia e dissolução da sociedade conjugal; a proteção da pessoa dos filhos – guarda unilateral e compartilhada, convívio com os pais e parentes; acerca das relações de parentesco; filiação; adoção; poder familiar; entre outros.

Juntamente com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) inovou no tema referente à família em relação ao antigo, de 1916 (BRASIL, 1916). Após quase mais de um século, seria inevitável que a legislação absolvesse as transformações da sociedade. Dentre tais mudanças, destacam-se, principalmente, aquelas pertinentes à relação dos pais com os filhos, que, após a Lei nº 6.515/77 (BRASIL, 1977) e Emenda Constitucional nº. 66 de 2010 (BRASIL, 2010), prestou-se em dar atenção ao convívio e relação daquelas crianças e adolescentes que se encontravam em situação que os pais se divorciavam.

É dada maior amplitude ao tema das guardas unilateral e compartilhada, ao direito de visitas e aos alimentos, sendo que, posteriormente, com o advento do Estatuto da Criança e do

Adolescente – ECA (BRASIL, 1990), consolidou-se o entendimento de que o menor não poderia ser prejudicado ainda mais com problemas familiares, sendo impedido de conviver seja com o pai ou com a mãe. Passou a ser um direito inerente da paternidade e da maternidade o de acompanhar o desenvolvimento da prole.

Insta salientar, oportunamente, o art. 1.634, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), no qual são elencados os atos de exercício do poder familiar, os quais competem a ambos os pais, sendo eles, por exemplo, dirigir a criação e educação dos filhos, conceder ou negar consentimento para viajar ao exterior, bem como para mudarem de residência para outro município e representar o menor judicial e extrajudicialmente, tendo-se em vista a incapacidade jurídica e civil.

4 A FILIAÇÃO

Por sua vez, um dos temas mais recorrentes no que se refere à família dentro do direito é a filiação. Por muito tempo, conforme acima exposto, houve distinção entre os filhos havidos “dentro” e “fora” do matrimônio, e, por conseguinte, os direitos de cada filho também se diferenciavam.

Atualmente, o Direito brasileiro em muito evoluiu, trazendo à tona as espécies de filiação, biológica e socioafetiva, concretizou a matéria relativa à adoção, as guardas, direito de convívio, visitas e obrigações para com os filhos.

A princípio, insta esclarecer esses conceitos básicos para, a partir de então, serem explanados os problemas decorrentes dessa relação, dando-se ênfase à alienação parental.

Gonçalves (2014, p. 58) apresenta o conceito de filiação que se tornara desatualizado, pois desconsidera a possibilidade de filiação socioafetiva:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou

a receberam como se a tivesse gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos. (GONÇALVES, 2014, p. 58).

No entanto, conforme bem explanado por Dias (2015, p. 55), houve alterações quanto às espécies de filiação:

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, etc. [...] Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença de vínculo afetivo paterno-filiar. Ampliou-se o conceito de paternidade [...] A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva. A ideia de paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos. (DIAS, 2015, p. 55).

Atualmente, o art. 1.596, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), veda a discriminação entre os filhos, sendo afastada qualquer distinção que possa prejudicar em direitos ou deveres qualquer que seja a sua espécie, seja advindo de adoção ou biológico.

Nesse seguimento, preceituou Lôbo (2008, p. 87):

Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem,

se biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos. (LÔBO, 2008, p. 87).

Trata-se da filiação biológica, a qual ocorre quando um filho/ser é gerado através da fecundação do óvulo da mãe e do espermatozoide do pai, de modo com que após o desenvolvimento do feto, levando consigo material genético dos pais, há o nascimento de uma criança.

O art. 1.597, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), traz as situações em que há presunção de paternidade biológica quando do nascimento de um bebê, lendo-se:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Tais presunções derivam-se, precipuamente, do dever de fidelidade na constância do matrimônio trazido no art. 1.566, do mesmo Diploma Legal.

No entanto, a filiação biológica ganhou uma “forte arma” para comprovar a existência do vínculo genético e consanguíneo, uma vez que com o exame de DNA, pode-se chegar a um resultado aproximado de 100% (cem por cento) de veracidade.

Por sua vez, a filiação adotiva tomou forma concreta quando da sanção da Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2010), que passou a dispor sobre os modos em que ocorreria a adoção.

A adoção, conforme esclarece Venosa (2011, p. 273):

[...] É modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de sentença judicial. [...] a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico. (VENOSA, 2011, p. 273)

Assim, destaca-se que a filiação por meio da adoção ocorre através de um processo judicial, obrigatoriamente, no qual devem ser atendidos diversos requisitos e concluídas várias etapas, a fim de dar maior segurança à família adotiva e ao adotando, considerando se tratar de uma situação bastante delicada e que mexe com os sentimentos de pessoas.

Por curiosidade, ao longo do procedimento de adoção, há a inscrição dos pais em uma lista nacional, se houver aprovação dos pretendentes, esses são inseridos em uma fila de adoção, após ser encontrada uma criança ou adolescente compatível com a ficha dos pais adotantes, passa-se ao estágio de convívio, e, caso esses apresentem afinidade, demonstrada através de uma relação mais próxima, desenvolvida, há o ajuizamento da ação de adoção que, por fim, poderá ser finalizada com uma sentença deferindo e efetivando a adoção.

Doutro lado, tem-se a filiação socioafetiva, ou seja, aquela que passa a existir por haver entre o pai ou a mãe e o

filho o afeto. Por afeto, pode-se entender como sendo duas pessoas que se tratam e se consideram pai/mãe e filho, nutrindo entre eles cuidado, respeito, carinho e amor.

Esse tipo de filiação ultrapassa a imposição pré-determinada de uma relação de filiação trazida pelo compartilhamento de material genético, como é a biológica, pois se trata de uma construção afetiva, na qual as pessoas nutrem um sentimento porque assim o desejam, espontaneamente. Neste diapasão, pondera o professor Villela (1997, p.85):

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-se repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen. (VILLELA, 1997, p.85).

No mesmo sentido, ensina o ministro Fachin (1996, p. 59):

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família. (FACHIN, 1996, p. 59).

Por fim, exalta-se o art. 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2010), o qual prevê expressamente a ilegalidade da discriminação entre os filhos: “*Art. 20. Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

4.1 A filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente

Após a vigência da Lei nº 8.069/90, chamada Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2010), pôs-se em prática diversas medidas administrativas, penais e civis com o objetivo de dar maior proteção e segurança aos menores, assegurando-lhes direitos e criando-se princípios para nortear qualquer tomada de decisão que poderia vir a prejudicar o menor.

Assim como na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 226, o ECA (BRASIL, 2010) também assegurou aos menores o direito de ter uma família, de conviver com seus pais, irmãos e demais parentes. Há expressa previsão do direito à convivência familiar, que fora mais amplamente regulado. Por esse direito, então, entende-se que a criança ou o adolescente tem de ser criado por sua família, e, em caso de adoção, pela família substituta e deve conviver com seus parentes, que o ajudaram ao desenvolvimento como humano.

A propósito:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]

Art. 19 É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família

substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...] §4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. (ECA, BRASIL, 2010)

Ademais, o próprio Estatuto estabelece que a responsabilidade civil dos menores é de seus pais, devendo estes zelarem por sua integridade física, sustento e educação:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta lei. (ECA, BRASIL, 2010).

Infelizmente, muitas vezes esse direito de convivência pode ser violado quando algo ou alguém impede que o menor tenha uma relação com pai, mãe, ou outro parente, seja dificultando o convívio ou tornando-o inexistente.

É justamente nesse quesito que surge a problematização do presente trabalho: a alienação parental. Se a responsabilidade civil do menor pertence aos seus pais, como poderia um deles cometer a alienação parental se tal conduta vai de encontro com as obrigações e deveres que lhe foram

impostas e sendo o direito de convivência com os pais e parentes um direito do menor?

5 A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da guarda no direito de família brasileiro possui uso quando há separação judicial ou divórcio, bem como nos casos em que os pais de um menor não contraíram matrimônio e desejam regularizar essa situação judicialmente.

A princípio, insta conceituar guarda. Para isso, remetemo-nos ao art. 33, do ECA (BRASIL, 2010), que diz: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Logo de início, verifica-se que a guarda não se limita aos pais, ou seja, terceiros podem obter a guarda de um menor, não sendo, obrigatoriamente, pai ou mãe.

Além disso, nota-se que ter a guarda de outrem é um estado provisório, isto é, não é permanente, podendo-se alterar a guarda a qualquer tempo para outra pessoa. Por sua vez, são inerentes a guarda obrigações de cuidado para aquele assistido.

No entanto, embora hoje o entendimento majoritário é de que a guarda de um menor será conferida àquele que apresentar melhores condições de cumprir as obrigações acima expostas, anteriormente, por exemplo, com a Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77 (BRASIL, 1977), a guarda dos filhos seria conferida ao cônjuge que não deu causa à separação. Em outras palavras, a guarda seria espécie de gratificação àquele cônjuge inocente, pois entenderiam que seria capaz de dar melhor educação e criação aos filhos menores.

Percebe-se que a lei anterior não considerava, em primeiro plano, o melhor interesse da criança e do adolescente, princípio constitucional fundamental (art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988) (BRASIL, 1988) que atualmente rege qualquer matéria de direito que trata de menores de idade.

Ademais, pondera Gonçalves (2014, p. 365):

Em princípio, a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores. Verificado, porém, que não devem eles permanecer em poder da mãe ou do pai, o juiz deferirá a sua guarda preferencialmente a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, “*que revele compatibilidade*” com a natureza da medida, levando em conta a “*relação de afinidade e afetividade*” com os infantes. Destaque-se a importância que o novo diploma confere aos laços de afinidade e de afetividade na fixação da guarda dos menores. [...] No tocante à preferência entre os familiares paternos e maternos, deve-se optar por aquele que ofereça melhores condições de vida e educação para o menor. Sempre que possível, atender-se-á a vontade manifestada pelo próprio menor, quanto à sua convivência. (GONÇALVES, 2014, p. 365)

No tocante a guarda, deve-se priorizar os interesses da criança e do adolescente. Guarda é gênero, sendo as espécies unilateral e compartilhada, conforme dispõe o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), em seu art. 1.583:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002).

Passa-se a discorrê-las.

5.1 Guarda unilateral

Trata-se da forma mais comum e ocorre quando um dos cônjuges ou um terceiro tem a guarda isoladamente do menor, ao passo que outrem possui o direito de visitas e/ou o direito de regulamentação de visitas, quando já não o tenha feito.

De fato, essa espécie de guarda ocasiona maior privação de convivência entre o menor e o(a) genitor(a) que não a detém, pois aquele passa a ter residência e ser cuidado diariamente por quem é seu guardião, sendo este responsável por todas as suas responsabilidades e atividades cotidianas, comuns, “normais” do dia-a-dia.

A guarda unilateral considera alguns fatores para a escolha para quem será deferida, conforme requisitos elencados no art. 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), tais como o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, a saúde e segurança e a educação. Por outro lado, o pai ou a mãe que não a detém, passa a ter o dever de supervisionar os interesses dos filhos, podendo requerer informações ou prestações de contas.

Preceitua Gonçalves (2014, p. 368):

Estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado “abandono moral”. O dispositivo não o responsabiliza civilmente, todavia, pelos danos causados a terceiros pelo filho menor. (GONÇALVES, 2014, p. 368).

5.2 Guarda compartilhada

Após a Lei nº. 11.698/2008, as varas de família em conjunto com a doutrina e jurisprudência passaram a incentivar que após a ruptura do matrimônio e, a fim de assegurar a

convivência do menor com ambos os pais, fosse escolhida a modalidade de guarda compartilhada.

Nessa espécie de guarda, não há restrição legal de convívio dos pais com os filhos, existindo, por outro lado, uma cooperação mútua no cuidado dos filhos havidos em comum pelos ex-cônjuges.

A propósito, Gonçalves (2014, p. 370):

As Leis nº. 11.698/2008 e 13.058/2014 chegaram em boa hora, assegurando a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro. Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente. (GONÇALVES, 2014, p. 370).

Ao contrário do que é comumente escutado, a adoção da guarda compartilhada não implica, obrigatoriamente, no revezamento de casa do menor, pois, a criança ou o adolescente pode continuar morando em um só lugar, sendo compartilhada a responsabilidade sobre as atividades cotidianas desse.

No entanto, quando houver o revezamento, o regime denominado é a convivência alternada.

Já quanto aos alimentos devidos na guarda compartilhada, esses serão fixados conforme o binômio possibilidade/necessidade, conforme explana Renata Costa (20/02/2016, *online*):

A divisão das despesas não é de 50% para cada um. Ela é definida pelo juiz de acordo com as possibilidades, que são os rendimentos de cada parte (salário, renda de aluguel, renda de aplicações financeiras), e com a análise de situação de ambos os pais. Os mesmos princípios devem governar o acordo entre os

pais mesmo antes da decisão judicial. (RENATA COSTA, 20/02/2016, *online*).

Ademais, observa-se que em um cenário onde ocorre a guarda compartilhada, há menor possibilidade de ocorrer a alienação parental, entendida como a tentativa de afastamento e restrição de convivência do menor de um pai praticado contra a mãe, ou vice e versa. Isso porque a divisão da responsabilidade da criança e do adolescente entre os pais, de forma igual, exigirá a participação de ambos nas decisões ordinárias e mais importantes.

6 UMA ABORDAGEM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS E/OU RESPONSÁVEIS PELO MENOR

A responsabilidade civil, como instituto do direito, teve origem no Direito Romano, o qual tratava-o como espécie de “vingança privada” ao dano que fora causado por outrem, se passando como uma reação a uma ação que causou-lhe um mal, verdadeiro “olho por olho, dente por dente”.

A partir do desenvolvimento da Lei das XII Tábuas, passou o Estado a poder intervir quando ocorresse o ilícito civil que trouxesse prejuízos a alguém, no sentido que poderia determinar o *quantum* indenizatório, sendo que, mais tarde, a intervenção estatal passara a ser obrigatória (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 11).

Em seguida, a responsabilidade civil sofreu nova transformação com a edição da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III e início do século II a. C., pela qual o pagamento/reparação do dano causado deveria ser proporcional ao prejuízo ocasionado. Ademais, nessa mesma lei já estavam presentes os conceitos de responsabilidade civil ocasionados com dolo ou culpa, física e materialmente.

E assim perdurou até a Idade Média, onde o Estado poderia intervir nas relações privadas, a fim de arbitrar o conflito e determinar o valor da reparação.

Por sua vez, nasceu no instituto da reparação civil, no Código Civil de Napoleão (1804) a necessidade de comprovação de culpa, para impor a indenização, que, inclusive, influenciara o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916). No entanto, tal comprovação caiu por terra, conforme a seguir exposto.

No âmbito familiar, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) dispõe que os pais exercem o poder familiar em detrimento dos filhos, e, sendo assim, cabe a eles a responsabilidade civil desses. Quanto à responsabilidade civil, pode-se afirmar que essa abarca todos os institutos da vida civil durante o período em que perdurar a incapacidade do menor para assumi-los.

Assim como o Código Civil de 2002, é previsto constitucionalmente – art. 229, da CF/88 (BRASIL, 2002) – a responsabilidade civil dos pais sobre os filhos menores, que é um direito irrenunciável e tem sua existência fundada na vulnerabilidade da criança e do adolescente: *Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*

A incapacidade pela menoridade civil, ou seja, até os dezoito anos completos, o menor encontra-se impossibilitado, ocorre porque em algumas situações, os menores não possuem o poder de “assumir as consequências” de seus atos, devendo, portanto, serem assistidos ou representados por alguém que detém tal responsabilidade.

Por vez, a incapacidade pela menoridade civil fundamenta-se no entendimento de que o menor não tem capacidade de discernimento para decidir o que fazer.

Vê-se apoiada a incapacidade civil no art. 5º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessar, para os menores, a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2016).

Assim, quando se tratar de menores de dezoito anos, que são as crianças, até os doze anos completos e os adolescentes, dos doze até os dezoito, conforme dispõe o art. 2º, do ECA (BRASIL, 1990), e essas, por ventura, encontram-se em alguma das situações descritas no art. 1.634, do mesmo Diploma Legal, as mesmas vão precisar de um responsável legal para que seja tomada qualquer medida de reparação.

Insta mencionar, oportunamente, que este rol, do art. 1.634, não é taxativo, ou seja, é exemplificativo.

A propósito:

Art. 1.634. compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I – dirigir-lhe a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

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

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Também é no Estatuto da Criança e do Adolescente que a responsabilidade civil é conceituada a partir do art. 3º, uma vez que traz a obrigação dos pais responsáveis pelo menor de cumprir/arcar com as obrigações materiais, afetivas, morais e psíquicas, de modo a proporcionar àquele um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade.

Em contrapartida, encontra-se a maioridade penal. Por esse conceito, são os menores de dezoito anos inimputáveis, ou seja, embora pratiquem condutas ilícitas e típicas, isso é, ilegal e com previsão da conduta ser crime, os menores de dezoito anos não podem sofrer com as sanções discriminadas no Código Penal. Por sua vez, esses deverão ser punidos com as sanções previstas no ECA (BRASIL, 1990), o qual traz as medidas disciplinares de punição para os menores infratores.

Vê-se claramente que essa é mais uma tentativa de proteção e segurança da criança ou do adolescente, pois não é novidade na sociedade brasileira que as penitenciárias e cadeias públicas são “escolas do crime”. Ainda assim, infelizmente, pode-se dizer que resta frustrada essa tentativa, uma vez que as

“casas de menores infratores”, espalhadas pelo país, em muito deixam a desejar, não oferecendo qualquer estrutura para atingir a finalidade de serem os menores internados: educação e oportunidade para viverem em sociedade em harmonia.

Nessa mesma lógica, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) apresentou e firmou o entendimento da responsabilidade objetiva em situações em que o menor causa prejuízo ou pratica atos passíveis de reparação civil, de modo com que passou a não ser necessária a comprovação de culpa. Dessa maneira, os pais vão responder pela conduta e solidariamente entre eles, caso venha a surgir, como consequência, obrigações. Lê-se no Código Civil 2002 (BRASIL, 2002):

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...].

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (BRASIL, 2002).

No caso em que os pais não tiverem condições de assumir a obrigação e o menor que a deu causa assim conseguir, este poderá pagá-la. O prejudicado, na hipótese de acionar judicialmente para reparação de danos, poderá fazê-lo em litisconsorte passivo, de modo que o menor é subsidiariamente responsável.

Ainda que os pais sejam divorciados ou separados, se houver a guarda compartilhada, a responsabilidade ainda fará com que os pais paguem solidariamente. Por outro lado, caso seja a guarda do menor unilateral, aquele que tiver consigo a mesma, responderá isoladamente.

Nas palavras de Gonçalves (2014, p. 375):

[...] a guarda compartilhada terá influência na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores. Segundo a jurisprudência

dominante, a responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. Em caso de guarda unilateral, responde somente o genitor que a tem, embora ambos sejam detentores do poder familiar. Como na guarda compartilhada ambos detêm o poder de fato sobre os filhos menores, mantendo-os sob sua autoridade e em sua companhia, respondem solidariamente pelos atos ilícitos dos filhos menores. (GONÇALVES, 2014, p. 375).

De maneira geral, a responsabilidade civil de que se trata quanto sobre a relação de pais e filhos, relaciona-se ao poder familiar e educação que o menor recebe para crescer e viver em sociedade. Os pais são responsáveis por seus filhos e, assim, até que estes tenham discernimento para tomar suas atitudes corretamente, na teoria, seus pais serão os responsabilizados por aquilo que os mesmos cometerem e prejudicarem a outrem.

6.1 Espécies de Responsabilidade Civil

A doutrina classifica a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva ocorre quando praticada com uma conduta culposa *latu sensu*, isto é, negligência ou imprudência e o dolo, que é a vontade consciente de praticar a conduta para a obtenção do resultado.

No entanto, a partir da Revolução Industrial, em que ocorreram acidentes de trabalho em série, a responsabilidade civil subjetiva que era a presente nas legislações da época, mostrou-se insuficiente para embasar as novas demandas da população e do Direito, tendo em vista que restringia a reparação àqueles que conseguiam comprovar o subjetivismo na forma supramencionada.

Surgira, então, a responsabilidade civil objetiva, na qual não é necessária comprovação de culpa. Essa espécie

fundamenta-se, principalmente, na teoria do risco, segundo a qual, o prejuízo causado por uma conduta deve ser atribuído a quem a praticou, independente se agiu com culpa ou não. Deve haver, desse modo, nexo de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137).

Por sua vez, a responsabilidade civil também pode ser classificada como contratual ou extracontratual, conforme a natureza do dever jurídico violado pelo causador do dano.

A responsabilidade civil contratual decorre dos danos quando da celebração de contrato ou da execução deste, havendo também a possibilidade da responsabilidade decorrente de atos unilaterais, conforme leciona Fiuza (2011, p. 331):

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilaterizarem [...].” (FIUZA, 2011, p. 331).

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual, considerada responsabilidade civil propriamente dita, decorre de obrigações jurídicas advindas de lei ou do próprio ordenamento jurídico. Exemplo: acidente automotivo em que há responsabilização de um dos acidentados, a fim de que haja reparação do dano ao outro.

Verifica-se que em ambas as espécies de responsabilidade civil há a obrigação de reparar os danos por parte daquele que os causou.

6.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil no direito brasileiro fundamenta-se na máxima de que ninguém poderá violar direito de outra pessoa e, se o fizer, deverá reparar o dano causado através, principalmente, da indenização pecuniária:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Doutro modo, a responsabilidade civil poderá compreender, em algumas situações, ilícito civil de outrem, quando este depender daquele, como é o caso dos filhos menores de idade, em que seus genitores ou aquele que detém sua guarda responde pelos danos por eles causados.

De todo modo, fundamenta-se na responsabilidade civil o nascimento de uma obrigação de reparar, o qual tratar-se-á de um dever jurídico, conforme explica De Plácido e Silva (2010, p. 642):

[o termo responsabilidade civil é] Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção”. (SILVA, 2010, p. 642).

No entanto, para a configuração da responsabilidade civil, há de serem preenchidos os pressupostos, quais sejam: conduta (ação ou omissão) voluntária, negligência ou imprudência e o dano.

Por conduta, tem-se a ação ou omissão, ação por se tratar de conduta positiva, que o agente deve realizar algo concreto no mundo das coisas para produzir um efeito e a omissão é a conduta negativa, quando o agente deve deixar de fazê-lo. A voluntária diz respeito ao dolo, ou seja, a vontade de praticar determinada ação, está consciente do que está fazendo e quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo.

A negligência é a falta de atenção devida, cuidado, preguiça, é omissão de forma desleixada. A imprudência, por sua vez, verifica-se quando algo é praticado de forma precipitada, o dano será causado por uma conduta que está sendo executada de forma errada.

Ademais, a conduta deve estar intimamente ligada ao dano (resultado), devendo haver entre elas o nexo de causalidade – relação de causa e efeito.

Por fim, está o dano, que, segundo Diniz (2010, p. 144), diz respeito “a uma lesão, diminuição ou destruição, que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

7 ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO E CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

Um dos maiores problemas do Direito de Família da atualidade é a chamada “Síndrome da Alienação Parental” ou “Implantação de Falsas Memórias”, muito ocorrentes após divórcios e separações nos quais o casal tenha filhos menores de idade.

A alienação parental trata de um conflito entre os genitores, conforme preceitua Pena Júnior (2008, p.266):

A alienação parental consiste na atitude egoísta e desleal de um deles (genitores) – na maioria das vezes o genitor-guardião, no sentido de afastar os filhos do convívio com o outro. Deste processo emerge a chamada Síndrome de

Alienação Parental, que nada mais é que a nova conduta agressiva e de rejeição que passa a se ter a prole em relação ao genitor que deseja afastar-se do convívio. (PENA JÚNIOR, 2008, p. 266)

Esse fenômeno ocorre, muitas das vezes, vez que os genitores não conseguem separar os sentimentos decorrentes de um divórcio ou separação, mágoa e raiva, da relação que os filhos têm com ambos, ou seja, acabam por prejudicar a relação dos menores com o pai ou a mãe por ressentimentos.

De fato, a alienação parental já ocorria muito antes de ser esse instituto do direito que hoje se encontra mais aprofundado em relação à pesquisa e legislação, e teve sua primeira menção proferida pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, em 1985, quando este descreveu sua própria experiência.

O médico Gardner (1985, p. 3) apresentou as origens do fato, afirmando que este estava intimamente relacionado às normatizações históricas dos tribunais norte-americanos de família que eram sexistas, porque era automática a presunção de que a mãe era considerada a pessoa adequada para ser conferida a guarda quando em uma separação, não havendo a devida análise para embasar essa decisão.

Conforme menciona o psiquiatra, ele introduzira esse termo para fazer referência a um distúrbio no qual crianças estão obsessivas em depreciar e criticar um parente – denigrir de modo injustificado e exagerado, como se ocorresse uma “lavagem cerebral” por parte de outro parente, de forma sistemática e consciente, programando o menor para denigrir terceiro.

Ao longo do tempo, fora a doutrina se aperfeiçoando, chegando ao conceito de alienação parental atual, no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é retratado por Ana Clara Oliveira (2018, *online*) nos seguintes termos:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, com o intuito de repudiar o genitor ou causar prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Isso pode se dar de diferentes maneiras, como proibir que o pai/mãe veja a criança, fazer chantagens, manipular, influenciar a criança ou adolescente contra o pai/mãe, dificultar visitas, omitir informações sobre os filhos, apresentar falsas denúncias para dificultar a convivência [...].(ANA CLARA OLIVEIRA, 2018, *online*).

Inquestionáveis são os prejuízos aos quais a criança ou o adolescente estão expostos quando colocados em situações de alienação parental, causando não somente o trauma de uma vivência dolorosa, mas também pelo afastamento de um ente que é de suma importância à sua vida pessoal, desenvolvimento como humano.

Assim, ao serem identificadas as características da ocorrência da alienação parental, devem ser tomadas as medidas cabíveis, tanto na esfera pessoal, quanto na esfera judicial, a fim de cessar o ato ilegal e coibir maiores sofrimentos às partes.

Para isso, é cada vez mais importante a disseminação e conscientização da população acerca desse fenômeno e como identificar que o mesmo vem ocorrendo em suas relações pessoais.

A Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010 (BRASIL, 2010), traz um rol exemplificativo que facilitam a identificação da ocorrência da alienação parental, lendo-se:

Art. 2º. [...] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental,

além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

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

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2016).

Por sua vez, os doutrinadores Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto (2011, p. 47), lecionam que:

Revela-se a moléstia mental ou comportamental do alienador, quando busca exercer controle absoluto sobre a vida e o desenvolvimento da criança e do adolescente, com interferência no equilíbrio emocional de todos os envolvidos desestruturando o núcleo familiar, com inúmeros reflexos de ordem espiritual e material. A doença do agente alienador volta-se contra qualquer das pessoas que possam contestar sua ‘autoridade’, mantendo-os num estado de horror e submissão, por meio de crescente animosidade. Essa

desestruturação transforma-se em ingrediente de batalha judicial, que poderá perdurar por anos, até que qualquer dos seres alienados prescindida de uma decisão judicial, seja por ter atingido a idade madura, seja ante o estágio crônico da doença. (TAVARES DA SILVA e CAMARGO NETO, 2011, p. 47).

7.1 Efeitos e Consequências da alienação parental

Assim como dispõe o art. 3º, da Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010 (BRASIL, 2010), praticar o ato de alienação parental viola direitos fundamentais da criança ou do adolescente:

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2016).

Por esse motivo, se verificado indício de ato de alienação parental, cabe à parte interessada provocar o aparato judicial em busca da reparação do dano sofrido. Por sua vez, poderão as medidas judiciais ser tomadas de ofício pelo Poder Judiciário e o Ministério Público, sendo, ademais, determinado o acompanhamento por centros institucionais especializados em família, criança ou adolescente.

Ressalta-se, oportunamente, que a ação que tem como matéria discutida a alienação parental, seja de regulamentação de visitas ou guarda, terá tramitação prioritária, sendo obrigatório que o Ministério Público participe do processo, tendo em vista a defesa de incapaz – menor de dezoito anos.

Além disso, nos processos em que se discute a ocorrência da alienação parental, medidas provisórias e de urgência podem ser tomadas a qualquer tempo, em decisões proferidas pelo Juiz, depois de ouvido o Ministério Público, a fim de preservar a integridade psicológica da criança ou do adolescente, podendo ainda a determinação ser referente a convivência com genitor e/ou para efetivar a reaproximação entre ambos.

Após a judicialização da causa através do acionamento em Vara de Família ou Vara Cível, quando não especializada, uma série de medidas poderá ser tomada a fim de verificar a veracidade das acusações, como perícia psicológica ou biopsicossocial, entrevista pessoal com as partes, avaliação de personalidade dos envolvidos, os quais serão realizados por profissionais ou equipe multidisciplinar habilitada.

Em sendo caracterizada a alienação parental no caso ou, ainda, verificado que há de fato conduta que dificulte a convivência da criança ou adolescente com genitor, após cumpridas as formalidades acima descritas, poderá a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis, as quais estão previstas no art. 6º, da Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010 (BRASIL, 2010):

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

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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. (BRASIL, 2016)

As sanções/consequências judiciais são efetivadas, conforme se verifica nos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAÇÃO POR PARTE DA MÃE. CABIMENTO. Em que pese seja evidente a importância da convivência da criança com sua genitora, considerando serem verossímeis as alegações de prática de atos de alienação parental, devem ser **suspensas as visitas** até o esclarecimento dos fatos. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº. 70076334036, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2018).

(TJ-RS – AI: 70076334036 RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/03/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/03/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 3. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. 4. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso provido. (Agravado de Instrumento nº. 70067827527, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/03/2016).

(TJ-RS – AI: 70067827527 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2016).

Além disso, a alienação parental pode causar efeitos imensuráveis à criança ou o adolescente, considerando-se a importância da presença dos genitores para seu desenvolvimento como pessoa e formação de memórias. Nesse sentido, Mouta (2008, online) afirma que:

“Os efeitos da síndrome são similares aos de perdas importantes – morte de pais, familiares próximos, amigos, etc. A criança que padece da síndrome da alienação parental passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como

portadora de doenças psicossomáticas, ora se mostra ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. Os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, suicídio. Por essas razões, instilar a alienação parental na criança é considerado como comportamento abusivo com gravidade igual á dos abusos de natureza sexual ou física”. (JOÃO MOUTA, 2008, *online*).

7.3 Medidas impeditivas à alienação parental

De mais a mais, a prática da alienação parental pode ser interrompida através de medidas alternativas, que não a aplicação das penalidades e sanções previstas em lei, a fim de que resguardado o direito de convivência dos genitores.

Uma possível solução para o conflito é a adoção da guarda compartilhada. Nessa modalidade de guarda, a responsabilidade pela criança ou adolescente, em relação as suas decisões ordinárias e extraordinárias, é dividida em igualdade entre os genitores, dificultando-se, todavia, que um deles tente impedir o contato do menor com o outro.

Quando adotada a guarda compartilhada, incontestavelmente, é proporcionado à criança ou ao adolescente maior proximidade com ambos os genitores, em muito a rotina se aproximando ao da guarda conjunta. Nesse contexto, o menor está inserido na rotina dos pais, o que, conseqüentemente, estreita a relação, sendo afastadas as chances de ocorrer a alienação parental.

Verdadeiramente, não há uma solução capaz de finalizar com o problema. No entanto, a psicóloga Sarah Helena (2017, *online*) discorre acerca de pequenas atitudes que podem ser tomadas na tentativa de amenizar a dor de uma separação, evitando-se a prática dos atos que caracterizam a alienação:

Quando os pais estão em processo de separação é muito importante que a situação seja colocada de forma clara e simples aos filhos, o que possibilita que eles lidem com seus sentimentos, tirem todas as dúvidas e diminuam as fantasias, que normalmente são piores do que a própria realidade. Muitas vezes a criança chega a pensar que ela é a causa da separação, o importante é privá-la desse pensamento e falar de forma aberta sobre o assunto. Falar sobre a separação de forma neutra, sem prejudicar a imagem do outro, é importante para que os pequenos entendam que há uma grande diferença entre a relação amorosa dos pais e a relação entre mãe/pai-filhos, e que, mesmo que a primeira não tenha continuidade, o mesmo não se aplica à segunda, entre pais e filhos. Proteger os filhos dos conflitos advindos da separação e não envolvê-los em disputas e desafetos é fundamental para a saúde psíquica deles. Neste momento de tantas mudanças para os pequenos, os adultos devem estar preparados para serem figuras de apoio, confiança e carinho. Por isso, os pais devem buscar meios de se cuidarem e de se ouvirem, para estarem bem consigo mesmos e em suas relações com os filhos, lidando com sentimentos, se fortalecendo enquanto pais/cuidadores/homem/mulher. (SARAH HELENA, 2017, *online*).

7.4 Possibilidade de responsabilização civil do alienador

Conforme anteriormente explanado, verificada a ocorrência da alienação parental cometida pelo genitor contra criança ou adolescente, poderão ser lhe conferidas sanções, as quais estão elencadas no art. 6º da Lei de Alienação Parental (BRASIL, 2010):

“I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador.” Trata-se da medida mais

branda prevista na lei e será aplicada quando verificado início da conduta ilícita, quando ainda não foram causados prejuízos consideráveis ou traumas para o menor. Nesses casos, o juiz advertirá o alienador, conscientizando-o acerca da ilicitude de seus atos e possíveis sanções caso persista os mesmos.

“II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado.” Nesses casos já fora verificado que a alienação parental tenha dificultado ou impossibilitado o acesso do genitor alienado à criança ou ao adolescente, de modo que a aplicação dessa medida visa estagnar com o afastamento desses.

“III – estipular multa ao alienador”. De certo, ainda não fora detectada nessa sanção sua aplicabilidade e efetividade no combate a alienação parental, mormente pela lei não estipular parâmetros para sua fixação.

“IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial”. Trata-se de medida que determinará o acompanhamento por um profissional da área da saúde mental a fim de solucionar o problema através de terapia. Muitos dos casos referentes à alienação parental decorrem de ressentimentos existentes na relação entre os genitores, que não conseguem separá-los da relação entre pais e filhos. Assim, o acompanhamento com psicólogo ou terapeuta poderá ajudar a esclarecer e superar os empasses que prejudicam o relacionamento familiar.

“V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão”. Essa é uma das medidas/sanções mais grave prevista em lei. São para os casos em que a alienação parental fora verificada em seu grau mais elevado, em que os interesses e direitos da criança ou adolescente foram colocados de lado, de modo com que estes passaram a sofrer constante moléstia moral, as quais têm o intuito de denigrir a imagem do genitor alienado. Assim, tendo em vista que houve alteração no cenário, no sentido de que o genitor alienado mostra-se em melhores condições de zelar pela criança, a este poderá ser concedida a guarda unilateral.

“VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente”. Também é uma medida bastante drástica, tendo em vista que alterará a rotina do menor. Porém, a mesma poderá ser determinada quando houver provas robustas de alienação parental em grau elevado.

“VII – declarar a suspensão da autoridade parental”. De fato a medida mais drástica da lei. Será tomada nos casos em que a alienação parental apresentar-se em estágio avançado, ou seja, quando demonstrado que a criança ou o adolescente encontra-se perturbado, paranoico, com pânico, agressivo, violento, ou em outros estados de desequilíbrio mental, e, ainda, em total discordância com a ideia de encontrar o genitor alienado.

8 ALIENAÇÃO PARENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENADOR COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como discutido ao longo desse trabalho, quando praticada a alienação parental, muitos direitos fundamentais da criança ou do adolescente são violados – convivência familiar saudável, proteção integral, oportunidades e facilidades que lhe conferem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, liberdade e dignidade, além de todos os elencados na Constituição Federal de 1988.

O Estado tem o dever de proteção a dignidade da pessoa humana, incluindo-se, nesse rol, as crianças e os adolescentes, os quais encontram-se em grau maior de suscetibilidade e fragilidade.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), traz considerações especiais assegurados aos menores, dispondo que a lei irá punir aqueles que praticarem abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente.

A alienação parental enquadra-se nesse contexto, uma vez se tratar de abuso e violência psicológica contra o

menor alienado, tendo-se em vista que prejudicam a saúde mental destes.

Ademais, o Estado, a fim de impedir que essas condutas sejam tomadas, cria e estabelece em leis específicas as possíveis sanções para impelir a atitude ilícita, bem como para evitar o seu cometimento, versando sobre a matéria em sua totalidade.

Verifica-se, dessa forma, que a prática da alienação parental interfere diretamente no direito fundamental que é garantido às pessoas constitucionalmente, e, ainda mais, viola o princípio supremo do direito brasileiro que é o da dignidade da pessoa humana. Assim, além de importunar o crescimento sadio do menor, o genitor alienador vai de encontro com o princípio basilar da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual norteia e fundamenta toda e qualquer lei que é criada no ordenamento jurídico.

Por vez, punir referida atitude é conferir segurança jurídica a partir da legislação àqueles que têm demandas provenientes do seio familiar, e prevenir com que crianças e adolescentes não sofram com esse tipo de moléstia, que pode, definitivamente, devastar sua relação com parentes que tanto são importantes em suas vidas.

É também nesse contexto que está inserida a responsabilidade civil do genitor alienador – também caracterizada pelo princípio da proteção – que tem como dever e obrigação a proteção daquele a quem lhe foi conferida a tutela de cuidar, zelar e garantir sua sobrevivência enquanto incapaz.

9 CONCLUSÃO

Com a evolução cultural, atualmente se tem um cenário social em que a ruptura conjugal está cada vez mais corriqueira, de modo com que os efeitos e consequências gerados por essa deve ser normatizado, a fim de garantir a

proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana nessas novas situações.

Pode-se dizer, dessa maneira, que uma das consequências do divórcio judicial ou separação é a prática da alienação parental por um dos genitores, quando houver filhos menores no meio desse evento.

A alienação parental, então, trata de mais um efeito que pode ser gerado a partir de um ato muito comum da atualidade, e, a princípio, como também gera efeitos negativos para terceiros, deve ser essa atitude matéria de estudo, pesquisa e leis.

Por sua vez, estando dentro do contexto familiar, o direito de família brasileiro viu-se na obrigação de legislar sobre o tema, na clara tentativa de, assim como outros crimes, impelir que a alienação parental ocorra e punindo aqueles que a tenham cometido.

Para fundamentar que medidas devem ser tomadas quando no acontecimento dessa situação, basta a simples consideração dos princípios e direitos fundamentais que estão explícitos na Constituição federal de 1988, não sendo difícil averiguar que se trata sim de conduta ilícita/ilícito civil.

Torna-se claro que a alienação parental prejudica a vida, os direitos e o desenvolvimento do menor, podendo até mesmo a deixa-lo em um estado irreversível para a boa vida.

Além disso, a responsabilidade civil do alienador não é autorizadora para que este possa agir conforme queira em relação ao filho menor, pois há de atender aos princípios fundamentais e básicos que são inerentes à todas as pessoas, e, principalmente aos filhos crianças e adolescentes, que contam com exclusividade do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde, ainda, lhes são conferidos direitos especiais.

Ante o exposto, insta mencionar que assim como o instituto da alienação parental é novo para o direito brasileiro, apesar de já ser de sabença geral pela comunidade jurídica, há ainda muito a ser regulamentado e efetivado, no sentido das leis já existentes serem colocadas em prática.

O direito existe para a sociedade e este deve caminhar conforme suas necessidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. IN: PORTAL PLANALTO, 1988. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUI%3%A7AO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%3%A7ao.htm)>. ACESSO EM: 14 SET. 2018.

BRASIL. LEI 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. IN: PORTAL PLANALTO. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. ACESSO EM: 14 SET. 2018.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 1916. IN: PORTAL PLANALTO, 1916. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L3071.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. CÓDIGO ELEITORAL DE 1965. IN: PORTAL PLANALTO, 1965. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L4737.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. LEI Nº. 6.515 DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. IN: PORTAL PLANALTO, 1977. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L6515.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 9 DE 28 DE JUNHO DE 1977. IN: PORTAL PLANALTO, 1977. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/EMENDAS/EMC_ANTERIOR1988/EMC09-77.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1990. IN: PORTAL PLANALTO, 1990. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L8069.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. LEI DO DIVÓRCIO – LEI Nº. 6.515 DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. IN: PORTAL PLANALTO, 1990. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L6515.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 2002. IN: PORTAL PLANALTO, 2002. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2008/LEI/L11698.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL DE 2010. IN: PORTAL PLANALTO, 2010. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/LEI/L12318.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. ACESSO EM: 16 NOV. 2018.

BRASIL. LEI 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. IN: PORTAL PLANALTO. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). ACESSO EM: 14 SET. 2018.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO. 10. ED. EDITORA SARAIVA. 2014.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. 7ª ED. SÃO PAULO: EDITORA ATLAS, 2008.

DIAS, MARIA BERENICE. MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. 10. ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015.

DINIZ, MARIA HELENA. CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: DIREITO DAS SUCESSÕES. 26ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010.

FACHIN, LUIZ EDSON. DA PATERNIDADE: RELAÇÃO BIOLÓGICA E AFETIVA. BELO HORIZONTE: DEL REY, 1996, p. 59.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. ROSENVALD, NELSON. CURSO DE DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS, VOLUME 6. 7. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2015.

FIUZA, CÉSAR. DIREITO CIVIL CURSO COMPLETO. 12. ED. SÃO PAULO: EDITORA DEL REY, 2011, p. 331.

GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, PABLO STOLZE E RODOLFO. NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL – PARTE GERAL. SÃO PAULO: SARAIVA. 2003, p. 11.

GARDNER, RICHARD A. RECENT TRENDS IN DIVORCE AND CUSTODY LITIGATION. ACADEMY FORUM, COLUMBIA (EUA), v. 29, n. 2, p. 3, 1985.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. DIREITO CIVIL BRASILEIRO. DIREITO DE FAMÍLIA. SÃO PAULO: 7. ED. SARAIVA, 2014.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. DIREITO DE FAMÍLIA. V.6. 11. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.

LENZA, PEDRO. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. 18 ED. REV., ATUAL. E AMPL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.

LISBOA, ROBERTO SENISE. MANUAL DE DIREITO CIVIL, V. 5: DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. 7. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2012.

LÔBO, PAULO DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS. 4. ED. SÃO PAULO : SARAIVA, 2011.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, FAMÍLIAS. SÃO PAULO: SARAIVA, 2008.

PENA JÚNIOR, MOACIR CESAR. DIREITOS DAS PESSOAS E DAS FAMÍLIAS DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. SÃO PAULO: SARAIVA, 2008. P. 266.

PEREIRA, SÉRGIO GISCHKOW, ESTUDOS DE DIREITO DE FAMÍLIA, P. 17 E P. 35, 2004. EDITORA LIVRARIA DO ADVOGADO. PORTO ALEGRE, RS.

TARTUCE, FLÁVIO. MANUAL DE DIREITO CIVIL: VOLUME ÚNICO. 6. ED. REV., ATUAL. E AMPL. RIO DE JANEIRO: FORENSE; SÃO PAULO: MÉTODO, 2016.

TAVARES DA SILVA, REGINA BEATRIS E CAMARGO NETO, THEODURETO DE ALMEIDA. GRANDES TEMAS DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. SÃO PAULO: ED. SARAIVA. 2011, P. 47.

VENOSA, SILVIO DE SALVO. DIREITO DE FAMÍLIA. 11. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2011, P.280.

VILLELA, JOÃO BATISTA. FAMÍLIA HOJE (1997, P.85). ENTREVISTA A LEONARDO DE ANDRADE MATTIETTO. IN: BARRETO, VICENTE (ORG.). A NOVA FAMÍLIA: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 1997.

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Matheus Antônio Costa Cardoso⁴

RESUMO

O presente trabalho procura discorrer sobre este tema que vem sendo cada dia mais vivenciado em nossa sociedade. A Alienação parental tem se tornado uma prática cada vez mais comum em nossa sociedade, com pais usando filhos como instrumento de vingança para atingir o outro genitor que não detém a guarda do menor, o que causa efeitos psicológicos ao menor que perduram por toda a vida. No decorrer do trabalho procuramos demonstrar os efeitos da alienação, o perfil do alienador as punições a que está sujeito o alienador e o dever do Judiciário de intervir de forma eficaz para impedir, coibir e minorar tão desprezíveis atos.

Palavras-chave: Alienação Parental. Guarda do Menor. Família. Lei 12.318/10.

1 INTRODUÇÃO

A palavra alienação possui vários conceitos em nossos dicionários, com diversas interpretações diferentes nos dicionários da língua portuguesa ou daqueles de política e ciência médica, no presente trabalho o significado de alienação deve ser interpretado como alucinar, malquistar. (BUOSI, 2012).

Com o passar dos anos a concepção de família vem mudando e de certa forma evoluindo, e com essa mudança e evolução o número de separações e divórcios vem crescendo e

⁴ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

com esse crescimento vem aumentado exponencialmente a prática da alienação parental, seja por insatisfação pela separação, seja por imaturidade do alienador que usa os filhos como objeto de vingança quando não aceita a separação ou mesmo que o ex-cônjuge tenha prosseguido com sua vida e que o outro não aceite suas escolhas ou até mesmo seu novo parceiro ou parceira. (BARROS, 2017).

Anteriormente era falado que existia diferença entre a alienação parental e a síndrome da Alienação Parental (Síndrome de Alienação Parental), que foi cunhada pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner em 1985, todavia conforme recente artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família, a OMS - Organização Mundial de Saúde reconheceu e registrou o termo alienação parental ou alienação dos pais, sendo referido termo registrado na classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados a Saúde CID 11, que será apresentado para adoção dos Estados membros em maio de 2019 (durante a Assembleia Mundial de Saúde), e que entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022. (BUOSI, 2012).

Segundo a psicóloga forense Tamara Brockhausen, membro da Task Force de especialistas mundiais (PASG), o termo Alienação Parental no CID - 11 e no DSM-5 - Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, explica que é o reconhecimento oficial, internacional da existência da alienação parental. (2018, online).

A especialista, que foi a única brasileira a participar do Task Force, esclareceu que somente as palavras alienação parental podem ser encontradas a partir da busca na ferramenta do CID, a palavra síndrome, não, uma vez que o termo síndrome é um termo em desuso. Sendo muito questionado porque associa a uma doença psiquiátrica, a uma doença médica. Isso caiu em desuso. O que o CID reconhece é o termo alienação parental e não o termo síndrome.

A alienação parental é quando um dos genitores normalmente o que detém a guarda, ou mesmo os avós e até os

novos parceiros dos genitores “fazem a cabeça” da criança ou adolescente contra o outro genitor, seja voluntariamente ou não, e dificulta o convívio familiar. Aqueles que exercem a guarda ou vigilância do menor podem cometer e ser responsabilizados por essa conduta, os casos mais frequentes estão relacionados a situações em que o fim o vínculo conjugal causa em um dos genitores ódio inclinações vingativas, originando um processo de devastação e desmoralização do antigo companheiro, e nesse processo a criança e adolescente é utilizada como instrumento de vingança voltado ao contra o outro genitor. (CHUNG, 2016).

As consequências dessa alienação perduram por toda a vida da criança e adolescente, que na vida adulta demonstram dificuldade em seus relacionamentos.

A alienação parental foi regulada pela Lei n.º 12.318/2010, que traz o que é alienação parental, bem como um rol exemplificativo e as medidas a ser tomada em casos de constada a alienação parental. Além da previsão legal, a proibição quanto à alienação parental tem fundamento constitucional no princípio da paternidade responsável. (art. 226, § 7º da CF/88).

O Poder Judiciário deve intervir de maneira a impedir, coibir e minorar as consequências dessas atitudes nefastas perpetradas pelos alienadores, levando em conta primordialmente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que sofrem todas as terríveis consequências dos atos descontrolados de seus genitores.

2. FAMÍLIA

As formações familiares se alteraram no decorrer dos tempos por causa de vários acontecimentos relacionados ao desenvolvimento da sociedade moderna, não seguindo mais aos padrões patriarcais. (CHUNG, 2016).

Atualmente não podemos falar da família brasileira de um modo geral, uma vez que existem vários tipos formação

familiar coexistindo em nossa sociedade, trazendo consigo cada uma delas características próprias e não mais acompanhando padrões que existiram em outrora, hodiernamente existem famílias de pais separados/divorciados, comandadas por mulheres sem companheiro, comandadas por homens sem a companheira, a extensa, a homossexual, a nuclear que é a formação familiar formada de pai, mãe e filhos, mas não seguindo os padrões antiquados de antigamente. (MACHADO, 2017).

Apesar de toda essa variedade podemos apontar várias características que as famílias atuais vêm demonstrando em comum como: a redução do número de membros, de casamentos religiosos, a crescente participação feminina no mercado de trabalho, a contribuição de vários membros da família em sua economia, o chefe da família tende a ser mais velho, quanto maior o poder aquisitivo mais chefes responsáveis pela família, quanto menor o poder aquisitivo mais os filhos cooperam na renda familiar. (MACHADO, 2017).

Assim sendo diante de todas as mudanças que ocorreram ao longo dos tempos na instituição família o fato dela não se basear mais no casamento típico e religioso, afinal hodiernamente o Código Civil traz mudanças em relação a união dos casais sendo que a doutrina e jurisprudência acolhem os diversos tipos de família existentes na atualidade. (CABRAL, 2017).

2.1 Tipos de família no Brasil atual

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a composição de família era taxativa, tendo vista que unicamente os laços constituídos pelo casamento alcançavam tal privilégio. Além disso, a Lei de Divórcio imputava à parte culpada pela separação uma série de sanções, o que fazia com que os cônjuges permanecessem casados a qualquer custo. (CHUNG, 2012).

O princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é compreendido como cláusula pétrea, e, desta forma, além do matrimônio passou a considerar outras formas quanto à entidade familiar, considerando o ser humano o principal objeto de proteção do Estado. Assim sendo, qualquer forma de constituição de família é protegida pela Carta Magna, ainda que não seja tratada expressamente. Foram previstas na Constituição as famílias formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais, com fulcro ao artigo 226. (BRASIL, 1990).

Além das modalidades insculpidas na Carta Magna, hodiernamente sobreveio uma dilatação no conceito de família. Com a evolução social, o afeto ocupou o lugar que anteriormente o patrimônio ou a procriação ocupavam. O princípio da dignidade da pessoa humana, apoiado pelos demais princípios que protegem a vida em sociedade, impede distinções entre as mais variadas formas de família. (BARROS, 2017).

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 não exibiu um rol taxativo, deste modo são possíveis e encontram-se presentes na sociedade brasileira outras formas de família. Assim, na atualidade, não existe um modelo a ser seguido, cabendo ao direito proteger e positivar os tipos de famílias que ainda não foram tratados em legislação. (FREITAS, 2017).

2.1.1 Casamento

O Código Civil de 1916 declarava legal somente a instituição constituída pelo matrimônio. O homem era o chefe da família, e possuía diversas responsabilidades, entre elas a econômica. Lado outro, a mulher, nem ao menos era considerada capaz, assim sendo, não lhe era possível gerir os bens familiares. Desta forma, aos filhos cabia a função de dar sequência ao trabalho e proteger os bens da família. (MACHADO, 2017).

A Constituição Federal de 1988 passou a tratar os cônjuges de forma igualitária, acompanhando a evolução da sociedade atual. Exemplo do tratamento igualitário é a alteração do regime de bens de comunhão universal para parcial, caso haja silêncio dos conjugues, a alteração de nomes, que passa a ser opcional no momento do casamento. (MACHADO, 2017).

A decisão do Conselho Nacional de Justiça, que determina que os Cartórios não podem se negar a fazer a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo é um avanço e vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo de fato que todos são iguais perante a lei. (MACHADO, 2017).

2.1.2 União estável

É reconhecida como união estável a convivência de maneira duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, independe o sexo, com o objetivo de constituir família. Um grande passo para este conceito de família foi a chegada da Constituição 1988, que em seu artigo 226, § 3º proclamou: “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.” Este dispositivo auxiliou na retirada do aspecto negativo que a revestia, por ser tratada até então como concubinato. (MACHADO, 2017).

O Supremo Tribunal Federal, em 2011, garantiu, com base no artigo 5º da Carta Magna, a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, todavia a doutrina não é unânime, existindo opiniões tanto no sentido de seu reconhecimento como também considerando a união entre pessoas do mesmo sexo como uma sociedade de fato. (MADALENO, 2013).

2.1.3 Família monoparental

A família monoparental é a formada por um dos pais e seus descendentes, estando protegida no artigo 266, § 4º da CF/1988. Atualmente representa uma parcela significativa das famílias brasileiras, seja pela ocorrência natural da organização familiar, ou pelo avanço tecnológico que propicia a inseminação artificial, por exemplo, além das formadas pela adoção. (MACHADO, 2017).

Com relação à nomenclatura, é assim entendida devido ao seu agrupamento, sendo um dos genitores e seus filhos, não podendo ser confundida com a família uniparental. Importante ressaltar que a falta de um dos genitores pode se dar por decisão voluntária ou involuntária do genitor presente. (MACHADO, 2017).

2.1.4 Família uniparental

O conceito carece de interpretação continua dos juristas. A pessoa que vive sozinha pode ser considerada família para fins de proteção da Lei nº 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade dos bens de família. O ministro Gilson Dipp (apud COUTO, 2011), ao julgar o REsp nº 205.170 votou que “o conceito de entidade familiar agasalha, segundo a aplicação teleológica, a pessoa que é separada ou vive sozinha.”

Assim sendo, com a finalidade de proteção do bem de família, a pessoa que vive sozinha, sendo ela separada, divorciada, viúva ou solteira, tem direito de ser considerada família. O projeto de Lei nº 895/1999 de autoria do ex-deputado Augusto Nardes, que visa dar garantia legal para esses casos, foi aprovado em 19 de maio de 2009 por unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e aguarda aprovação no Senado Federal. (COUTO, 2011).

2.1.5 Família anaparental

Caracteriza-se pela inexistência dos pais, é a convivência de parentes colaterais, ou ainda que não parentes e sem intenções sexuais, unidos em uma mesma estruturação, com identidades de propósitos e afetividade, ou seja, o ânimo de constituir família. O exemplo de uma família anaparental seria o de 3 irmãs que convivam durante vários anos, sob o mesmo teto, esforçando-se mutuamente para formar um acervo patrimonial. Ocorrendo a morte de uma delas não seria justo que o patrimônio fosse dividido igualmente com os demais irmãos, afinal, havia entre as mesmas, mais que uma relação fraternal, elas formavam uma família anaparental, devendo o patrimônio ficar integralmente com as sobreviventes. (CHUNG, 2016).

Cabe citar o Recurso Especial nº 2010/0184476-0, interposto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tratou de uma adoção póstuma, onde dois irmãos, que agiam como família, sob a égide do afeto, puderam adotar uma criança que consideravam como filho. No acórdão os ministros, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, que fora interposto pela União, tornando possível a adoção. A relatora, Ministra Nancy Andrigli, em seu voto, assegurou que “a família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2, do ECA”. (BRASIL, 2012).

2.1.6 Família paralelas

Depois de muita discussão pela doutrina e jurisprudência, aceitou-se que o artigo 226 da CF/1988, não apresentava um rol taxativo, exibindo um pluralismo familiar. O direito de família defende a autonomia privada e a isonomia entre as partes; deste modo, é devido amparo legal às pessoas

que optarem por viver simultaneamente em dois grupos familiares. (COUTO, 2011).

Assim sendo a constituição da família há tempos já está presente na sociedade brasileira; o que se pretende é a proteção do Estado para este grupo familiar. Importante salientar que família paralela não é o mesmo que concubinato, que seria o relacionamento eventual. A família paralela existe simultaneamente ao casamento ou a união estável. Sendo que na verdade a família paralela constitui-se em uma relação não eventual, entre um homem e uma mulher, impedidos de casar. (COUTO, 2011).

Aparece, nesse contexto, o questionamento a respeito da monogamia, se seria ela um princípio do direito de família, ou somente um dever moral e cultural. A jurisprudência majoritária vê como princípio, deixando estes grupos familiares privados dos direitos inerentes a outras formas de constituição de família. Lado, a doutrina vem considerando a importância de preservar os direitos de todo indivíduo, levando em consideração os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e autonomia privada de decisões. (COUTO, 2011).

2.1.7 Família homoafetiva

A união entre pessoas do mesmo sexo sempre existiu, todavia, a herança deixada pela formação cristã do Brasil tornou as relações homossexuais alvo de rejeição e preconceito. A concepção de família formada por homem e mulher está tão enraizada na cultura brasileira que o legislador não se preocupou em torná-la requisito para a formação de grupos familiares. (CHUNG, 2016).

A Constituição Federal de 1988 tornou mais obvio a importância de proteger a dignidade da pessoa humana, assim como garantir isonomia a todo cidadão. Todavia, não é uma realidade, vez que há diferenciação legal e social entre famílias hétero e homossexuais. (CHUNG, 2016).

A falta de normas que tratem explicitamente o tema torna difícil a decisão do magistrado, que não fica vinculado a norma, mas a conceitos morais, que podem ser diferentes ao reconhecimento dos direitos pretendidos. Entretanto, ainda que existam preconceitos na sociedade e no próprio Judiciário, não há como deixar de admitir a existência destas relações. (CHUNG, 2016).

2.1.8 Família eudemonista

A família eudemonista tem como condição o afeto, e a busca de felicidade plena de seus participantes. O moderno desta concepção se dá em virtude de que até então a família se estruturava por motivos financeiros ou sociais, ficando o afeto em segundo plano. Neste caso, o amor e a satisfação são buscados por todos, para que individualmente encontrem realização. (CHUNG, 2016).

A família eudemonista, dos novos vértices sociais é o mais inovador. Ela busca a felicidade individual em um processo de emancipação de cada um dos membros da entidade familiar. Esta modalidade de família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e afeto, em um plano de igualdade de cada um dos membros. (COUTO, 2011).

3 ALIENAÇÃO PARENTAL

A primeira definição da Síndrome da Alienação Parental surgiu em 1985, por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica na Universidade de Columbia nos Estados Unidos da América, a partir de suas experiências como perito judicial, sendo considerado o maior estudioso acerca, e seus estudos servem como fundamento até os dias atuais, apoiando trabalhos e contribuindo na compreensão dos casos. (OMS, 2018).

3.1 Reconhecimento da alienação parental pela OMS

O termo "alienação parental" ou "alienação dos pais" foi registrado na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID -11). O CID-11, que será apresentado para adoção dos Estados Membros em maio de 2019 durante a Assembleia Mundial da Saúde e entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022. (OMS, 2018).

O objetivo de incluir o termo Alienação Parental no CID -11 e no DSM-5 - Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, é o reconhecimento oficial, internacional da existência da alienação parental. (LOPES, 2018).

As palavras alienação parental pode ser encontrada a partir da busca na ferramenta do CID. A palavra síndrome, não. O termo síndrome é um termo em desuso. Ele foi muito questionado porque associa a uma doença psiquiátrica, a uma doença médica. Isso caiu em desuso. O que o CID reconhece é o termo alienação parental e não o termo síndrome. (PELEJA JUNIOR, 2010).

Ao pesquisar o termo alienação parental junto a CID, ele não irá ser encontrado, somente será encontrado esse termo ao digitar no campo busca "parental aliention", sendo que aparecerá o termo alienação parental enquanto um evento de QE52.0. Isso significa que a palavra alienação parental foi indexada dentro do CID -11, consta no índice de termos (index term), ou seja, eles registraram essa palavra dentro do manual para as pessoas pesquisarem por ela e isso é muito importante. (TORRES, 2018).

É fundamental compreender que o CID não se trata apenas de um manual de doenças, mas sim de um manual de doenças e condições, inclusive sociais, que são reconhecidamente influenciadoras no estado de saúde do ser humano. (BARROS, 2017).

Não sendo verdade que o termo alienação parental esteja associado a um diagnóstico, nem a um índice numérico, mas há um sinônimo ou um descritivo de QE52.0, ou seja,

problemas relacionais da criança com o cuidador. (PELEJA JUNIOR, 2010).

Esse registro traz grande impacto e benefícios, como a possibilidade de implantação de políticas públicas e pesquisas.

O fato de que o manual registrou significa que a Organização Mundial de Saúde reconhece a existência desse fenômeno ou desse problema. Existe um reconhecimento internacional da OMS e do CID de que a alienação parental existe e ela é real. O CID está reconhecendo que a alienação parental causa um problema no desenvolvimento humano para as pessoas envolvidas e precisa de políticas públicas. A alienação parental é considerada (pelo CID) um problema relacional do cuidador com a criança e que leva a problemas do funcionamento, do desenvolvimento e que necessita de atenção, pesquisa e de políticas públicas. (LOPES, 2018).

3.2 Formas de Promover ou Induzir a Alienação Parental

A Lei Federal 12.318/2010 dá uma definição precisa e exemplificativa do que seja e as formas de promover a alienação.

O Art. 2º e 3º assim diz:

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

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados em perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da

conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

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

Sendo ainda situações típicas de o alienador implantar a ideia de falta de amor e abandono, alegando que o outro genitor passou a viver em razão da nova família ou em festas, oculta informações importantes da via escolar e da saúde do filho; vigia as conversas telefônicas e as impede, as redes sociais, as mensagens; limita o contato com a família do genitor alienado; liga constantemente durante o período de visitação; criar falsos encontros visando frustrar a expectativa; induz a criança ao ódio; desvaloriza presentes e passeios; induz a criança a chamar o genitor alienado pelo seu primeiro nome e converte a criança

em uma verdadeira espã da vida do ex-cônjuge. (BRASIL, 2010).

3.3 Providências no caso de indício de alienação parental

De acordo com a legislação aplicada aos casos de alienação parental, e levando em conta o caso concreto o Juízo poderá aplicar conjuntamente ou não, as penalidades abaixo, conforme disposição do artigo 6º da Lei 12.318/2010: (online, BRASIL, 2010):

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

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

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

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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.

3.4 O Comportamento do genitor alienador

A identificação e caracterização do comportamento do alienador que são inúmeros, visto que o alienante tende a ser muito criativo e o terreno explorado por ele pode ser inimagináveis e de difícil compreensão, afinal apesar de normalmente os casos de alienação ser provocados pelo mesmo objetivo, afastar e romper os laços do alienado com a criança, o comportamento pode variar a cada caso. (BUOSI, 2012).

O alienante, ao atingir seus objetivos, assume total controle sobre a criança, conservando-a como sua propriedade e o alienado passa a ser considerado um intruso que tem que ser evitado pelo filho. Para o alienante o ponto contra o genitor alienado torna-se uma situação de vida ou morte e ter a criança para si torna-se essencial. (CEZAR, 2013).

Quando o alienador fica frente a frente com um especialista, se esforça para dissimular seus atos receando ser exposto, todavia termina caindo em contradições, sendo possível identificar o comportamento através de gestos e da linguagem corporal. (CEZAR, 2013).

A forma mais eficaz de identificação será observando a conduta padronizada do alienante, como: desonrar, caluniar, manchar a imagem do alienado, organizar atividades variadas para o dia de visitas de modo a distrair a prole para desmerecê-las ou inibi-las, ocultar informações importantes referentes aos filhos, tomar decisões sem o consentimento do outro, coagir a criança a decidir entre um e outro ressaltando as implicações se a escolha não for o alienado, exterioriza arguições mentirosas de abuso sexual, uso de produtos ilícitos e álcool, presenteia com uma frequência maior e destrói ou cuida mal dos presentes que o genitor alienado dá à criança, não permite que seja levado para a casa do outro os pertences de maior afeição da criança, oculta e intercepta cartas, e-mails, ligações e presentes com destino ao infante, inclui terceiros nas manipulações, dentre outras atitudes. (BUOSI, 2012).

3.5 Efeitos da alienação

A alienação parental gera consequências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado como ao alienador, todavia seus piores efeitos pesam sobre os filhos, que ao fazerem parte de um ambiente familiar instável, passam a ter uma percepção distorcida do mundo, tornando habitual o medo do abandono, a ansiedade e angústias. (CABRAL, 2017).

Para resistir a esse ambiente instável, a criança ou adolescente se torna um verdadeiro manipulador, falando somente parte da verdade, chega a encenar e exprimir emoções falsas, perdendo o tempo de aproveitar a própria infância. (CABRAL, 2017).

Caso não ocorra a intervenção e sem o tratamento adequado, a síndrome produz sequelas que podem perdurar por toda a vida, pois desenvolve vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, criando imagens distorcidas das figuras materna e paterna e instaurando vínculos patológicos. (CEZAR, 2013).

A consequência mais visível é a rompimento do relacionamento com um dos genitores, crescendo a criança com sentimentos de ausência, vazio e abandono.

Os efeitos da alienação parental são tão nefastos, que quando adultos essas crianças e adolescentes tornam-se inseguros, carentes, incapazes de se adaptarem, extremamente manipuladores, tem dificuldades com autoestima, desespero, transtorno de identidade, incapacidade de adaptação e tendem a fazer uso de álcool e drogas, e em casos mais graves, padecem com mania de perseguição, depressão crônica e até o suicídio. É habitual, em longo prazo, a criança ou adolescente exprimir um grande sentimento de culpa, por ter sido “conivente” com o genitor alienante contra o outro genitor que ele igualmente amava. (CEZAR, 2013).

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGISLAÇÃO

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho e a promulgação da Lei nº. 4.121/62, conhecida como “Estatuto da mulher casada”, começaram acontecer algumas mudanças, onde o poder pátrio passou a ser de responsabilidade dos pais, agora com a cooperação da esposa, todavia em caso de divergências ainda predominava a decisão do marido. (CHUNG, 2016).

Com o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) surgiram duas formas de dissolução do casamento. A primeira alterou o que antes era desquite para separação, embora as características ainda perdurassem, esse instituto continha prazos, que só após de cumpridos poderiam se converter em divórcio. A segunda modalidade trata-se do divórcio propriamente dito, onde há a ruptura dos laços matrimoniais e o direito de adquirir novo matrimônio, em seus artigos 9º a 16º a referida lei fala da Proteção da Pessoa dos Filhos, podendo ser observado nos referidos artigos a preocupação com a segurança e bem estar dos filhos. (LOPES, 2018).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os assuntos relacionados aos filhos tornaram-se equivalentes para ambos os pais, estando expressamente inculcado no art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência” (BRASIL, Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990).

Diante da constante evolução pela qual passa a sociedade e levando em consideração um maior número de separações e divórcio, cresceu de forma alarmante os casos de alienação parental em nosso País, levando a em 2010 ser promulgada a lei 12.318/2010 que trata especificamente da questão, trazendo rol exemplificativo de condutas alienantes, providências a serem tomadas. (BRASIL, 2010).

A intenção ao ser elaborada o anteprojeto de lei a cerca da alienação parental, funda-se no fato de que existia notória dificuldade entre os operadores do direito para aceitarem a gravidade do problema, bem como a falta específica de respaldo legal para inibir, coibir ou atenuar a prática. Decidiu-se por empregar no projeto o termo “genitor”, levando em consideração o comportamento de alienar um filho pode ser praticado tanto pelo pai como pela mãe.

A tipificação da alienação parental teve considerável importância no cenário jurídico pátrio, uma vez que com a promulgação da Lei, o Judiciário não pode mais se esquivar de penalizar os genitores que praticam essa violação ao direito das crianças e adolescentes. Tendo a Lei não apenas definido o que é a alienação parental, como também regulamentou mecanismos efetivos para combatê-la e preveni-la. (CHUNG, 2016)

4.1 Transcrição e análise da Lei nº 12.318/2010

A Lei é composta de onze artigos (sendo que dois foram vetados por recomendação do Ministério da Justiça) e determina o que é alienação parental. O artigo 1º estabelece: “esta Lei dispõe sobre a alienação parental” (BRASIL, 2010).

Assim, a regulamentação de Lei específica sobre o tema traz grande repercussão no meio jurídico e social, uma vez que a maioria das pessoas não conhece o que realmente está determinado na Lei. Todavia, quando se fala em “Lei da Alienação Parental”, o tema entra na agenda dos meios de comunicação e nos debates sociais. (CABRAL, 2017).

O rol exposto pelo art. 2º é exemplificativo, visto que as hipóteses e os sujeitos que tem a possibilidade de incidir na prática da alienação não se restringem somente aos genitores. Assim sendo, podem existir outras formas de praticar a alienação parental, ainda que não esteja previsto na lei. Além disso, conforme o dispositivo, os sujeitos ativos podem ser os

genitores, os avós ou qualquer outra autoridade parental ou afetiva. (FREITAS, 2017).

Freitas complementa:

O caminho contrário também pode ocorrer, em que os avós tios e demais parentes sofram a alienação parental praticada por genitores e esta lei também os protegerá, afinal o direito pleno de convivência reconhecido a estes parentes pela doutrina e jurisprudência, também é por recente alteração legislativa, ora Lei 12.398 de 28 de março de 2011, que alterou os arts. 1.589 do Código Civil e 888 do Código de Processo Civil. (2017, p. 35).

Como consequência, a doutrina indica que além dos genitores, os avós estão sujeitos a serem os agentes passivos do ato de alienação parental. Sendo de grande importância a modo como o legislador abordou o artigo em tela, visto que deixou o rol em aberto, o que proporciona ao magistrado examinar a singularidade de cada caso.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos como este. Parágrafo Único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz, ou constatados por perícia, praticados diretamente com o auxílio de terceiros:

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

II- dificultar o exercício da autoridade parental;

III- dificultar contato de criança ou adolescente com o 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. (BRASIL, 2010).

Freitas (2017, p. 37) aclara que “o art. 3º subsidia a conduta ilícita (e abusiva) por parte do alienante, que justifica a propositura da ação por danos morais contra ele, além de outras medidas de cunho ressarcitório ou inibitório por (e de) tais condutas.” Madaleno e Madaleno complementam:

Quando o ascendente guardião falta com essas obrigações inerentes ao poder familiar, cuja responsabilidade resta reforçada pela custódia unilateral dos filhos comuns, e com seu agir fere qualquer direito previsto no art. 227 da Constituição Federal, embaraçando com seu proceder o exercício da sadia convivência familiar, e assim realizando atos típicos de alienação parental, inquestionavelmente, esse genitor alienador abusa do seu direito de custódia, abusa do exercício do poder familiar e, como sabido, qualquer conduta frontalmente contrária aos melhores interesses da criança e do adolescente constituem abuso de um direito (art. 187 do CC), e se constituem em ato ilícito passível de ser financeiramente ressarcido. (2013, p. 101)

Assim sendo, quando a Lei da Alienação Parental trata de dano moral, refere-se a uma compensação pela prática ilícita exercida pelo genitor alienante e não por simplesmente deixar de dedicar afeto ao filho. Por consequência, a Lei procura a punição de atitudes ilícitas, elencadas nas possibilidades insculpidas nos incisos do artigo 2º da aludida Lei. (FREITAS, 2017):

Art. 3º A prática de ato de alienação fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010, online).

O artigo 4º da Lei diz respeito ao procedimento processual, optando o legislador por facultar a propositura em ação própria ou incidental, caso já exista algum processo conexo.

Contudo o parágrafo único do referido artigo assegura que as relações pai-filho não sejam prejudicadas, salvo quando existirem provas de prejuízo causado às crianças e adolescentes. Para impedir as intervenções do genitor alienante, é necessário mantê-lo distante durante a duração da visita, impedindo que o mesmo influencie o infante a rejeitar as atitudes do genitor visitador.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para

assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo Único: Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 2010, online).

O art. 5º assegura a possibilidade caso haja indícios de alienação de que seja feita perícia psicológica ou biopsicossocial. Sendo esse encargo espinhoso identificar os atos de alienação parental e, exatamente pela complexidade imprescindível na sua elaboração, que esse encargo seja dado a quem tenha tem conhecimento, carecendo os magistrados de auxílio técnico para entender e interpretar os fatos que se encontram abrangidos no litígio. Diante de tais fatos a experiência de profissionais especializados nas áreas de psicologia, assistência social e psiquiatria, serão de extrema importância para colher dados relevantes para auxiliar e respaldar o magistrado em sua decisão, conforme assevera Caroline de Cássia Francisco Buosi:

Sobre os profissionais que realizarão a perícia, é essencial a previsão da lei no que se refere a profissionais capacitados pelo histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar tais atos, e não qualquer profissional com a formação básica em psiquiatria, psicologia ou serviço social, haja vista a complexidade de variáveis envolvidas no caso e a dificuldade de diagnóstico, que exigem um conhecimento aprofundado do assunto (BUOSI, 2012, p. 130).

O prazo dado aos profissionais para realizar o laudo pericial tem como princípio a celeridade processual, e

principalmente o melhor interesse da criança e do adolescente; afinal, existindo demora para a verificação dos atos de alienação parental, igualmente será morosa a resposta judicial a estes atos.

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

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

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

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá o prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010, online).

O art. 6º da Lei em estudo traz as sanções cabíveis, caso sejam caracterizados atos tipos da alienação parental, devendo o magistrado examinar a gravidade dos atos praticados, enumerando uma série de sanções exemplificativas de níveis distintos. (BUOSI, 2012)

As variações de penalidades elencadas no art. 6º demonstram que o propósito principal não é a punição, mas sim o acabar com os atos de alienação parental. Tanto é que nos

casos menos graves, não existe necessidade de imediatamente de o juiz fixar multa ou alteração da guarda, que são medidas extremas; podendo o mesmo somente advertir o alienador ou determinar acompanhamento psicológico e biopsicossocial. (BUOSI, 2012)

Todavia em casos mais extremos, quando já foram tentadas todas as alternativas existentes, há à possibilidade da suspensão da autoridade parental, mencionada no art. 6º, VII da Lei da Alienação Parental.

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

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

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

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução a 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. (BRASIL, 2010, online).

O art. 7º estabelece a respeito da distribuição ou alteração da guarda, e conforme observamos a guarda será unilateral quando seja inviável a guarda compartilhada, sendo essa uma excelente alternativa para evitar futuros conflitos conforme preceituam os escritores Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno:

A guarda compartilhada dos filhos pode ser uma excelente alternativa empreendida no afã de evitar futuros conflitos provenientes de uma guarda exclusiva com carga psicológica com a conotação de posse sobre o menor, cujo sentimento diminui bastante quando os pais são obrigados a alinhar seus discursos na divisão das decisões sobre os superiores interesses de seus filhos, com suas requisições diuturnas relacionadas com sua saúde, bem-estar, formação, educação e criação. (BUOSI, 2012)

A guarda compartilhada é a recomendada, e, não sendo possível sua manutenção, deverá ser o titular a guarda unilateral o genitor, que melhor proporcionar convivência com aquele que não detêm a guarda.

Art. 7º A distribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada. (BRASIL, 2010, online).

O art. 8º da Lei da Alienação Parental aparentemente contraria toda a estrutura processual a respeito do foro competente ser o do menor, além disso, com recente súmula do STJ nesse sentido. Todavia, com uma leitura mais atenciosa, percebe-se que a “alteração de domicílio” é aquela decorrente da prática da alienação parental, particularmente quando já proposta a ação. Referido artigo deve ser interpretado de forma sistemática com o inciso VI do art. 6º desta lei, que permite ao

juiz, caracterizados os atos típicos de alienação parental, “determinar a fixação cautelar do domicílio da criança e do adolescente”.

Conforme asseveram Figueiredo, Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis:

[...] a competência para o exercício da jurisdição quanto à alienação parental é de natureza absoluta, fixada quanto à matéria, assim, não é dado às partes a sua modificação, sendo possível o reconhecimento da incompetência de ofício pelo juiz. (FREITAS, 2017).

Em virtude disso, em regra, a competência para ações de interesse das crianças e adolescentes é o domicílio do detentor da guarda, conforme Súmula 383 do STJ.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial. (BRASIL, 2010, online).

O artigo 9º da Lei da Alienação Parental foi vetado, todavia seu texto previa:

As partes por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1.º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2.º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o

Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental. (BRASIL, 2010, online).

Referido artigo foi vetado uma vez que nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, o direito da criança e adolescente à convivência familiar é indisponível, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. (BRASIL, 2010).

Além disso, o dispositivo opõe-se a Lei nº 8.069/1990, que prescreve a aplicação do princípio da intervenção mínima, conforme o qual eventual medida para proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável. (BRASIL, 1990).

Sandri (2013, pg. 182) defende que o texto vetado “recuperava a referência à possibilidade de submissão do litígio a mediação, sujeitando a eficácia jurídica de eventual conciliação ao exame do Ministério Público e a homologação judicial”.

Sendo o posicionamento da escritora Jussara Schmitt Sandri:

[...] a mediação se mostra, definitivamente, como instrumento hábil a compor os conflitos familiares, sobretudo quando se configurar a alienação familiar, na medida em que o mediador facilitará o reestabelecimento do diálogo entre as partes, promovendo, assim, a dignidade humana, e pautado sempre no melhor interesse da criança e do adolescente (SANDRI, 2013, p. 183).

O art. 10º da Lei em estudo também vetado, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) já traz mecanismos de punição hábeis a inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. (SANDRI, 2013).

Contudo mesmo que o artigo tenha sido vetado, o genitor que pratica tais atos poderá ser punido, pois se configura como crime de desobediência, tipificado pelo art. 236, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 10 ° O art. 236 da Seção II do Capítulo I, do Título VII da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 236 [...]

Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no caput ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor. (BRASIL, 2010, online).

Por fim, o art. 11º da referida Lei determina: “esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Compreende-se a importância jurídica que trouxe a promulgação da Lei 12.318/2010, que de modo tardio criou o instituto jurídico da alienação parental. Afinal as ações praticadas pelos genitores alienantes não são novas e muito menos as tentativas de revertê-las, inclusive por meio judicial. Todavia, desde 2010, pais, mães e magistrados têm condições legais de agir para combater e reverter os casos de alienação parental existentes no País. (BRASIL, 2010).

4.2 Aspectos processuais e a dificuldade de produzir provas

Obedecida à parte material da Lei da Alienação Parental é imprescindível entender o modo processual pelo qual são assegurados os direitos devidos às crianças e adolescentes. Caso contrário não há como tornar efetivo os direitos determinados na legislação ora em estudo e no ECA, se não forem obedecidas as determinações processuais. (PELEJA JUNIOR, 2010).

A descoberta de atos que configurem a alienação parental pode acontecer em um processo que já se encontra em trâmite, incidentalmente, em qualquer fase processual, ou ser proposta em uma ação/peça autônoma. Além disso, o juiz pode a qualquer tempo de ofício verificar sua ocorrência, conforme observa Antônio Veloso Peleja Júnior:

Acresce-se a isso que mesmo após a fase postulatória pode surgir a alegação. Nesse sentido ficam patentes as seguintes regras, em prol do interesse maior a criança: - para a adição ou modificação do pedido por parte do autor não é necessário o consentimento do réu, a contrário sensu do artigo 264[13] do CPC; - pode haver o pedido mesmo após o saneamento do feito, contrariando-se a regra do artigo 264, parágrafo único, CPC; - pode o réu na própria defesa invocar a alegação, ficando patente tratar-se de pedido contraposto, sendo desnecessária a vinculação de reconvenção. Entendemos que há um limite, todavia, consistente na proibição da alegação em grau recursal porque representaria a supressão de um grau de jurisdição. Eventual alegação de ofício por parte do tribunal recomendaria retorno dos autos à instância singela para que a questão seja analisada, mesmo porque se trata de matéria fática que induz a produção probatória, o que afasta a aplicação analógica do artigo 515 § 3º, CPC. (PELEJA JÚNIOR, 2010)

Nos dizeres de MADALENO E MADALENO, 2013, p. 105: “Evidentemente, a prioridade de tramitação haverá de garantir o direito ao contraditório, que não restará violado se o juiz determinar a execução das medidas provisórias necessárias para a higidez psíquica da criança ou adolescente [...]”. Desse modo, a proteção imediata com medidas com o intuito de cessar os atos de alienação parental se tornam necessárias, contudo, não prejudicando os direitos constitucionais de ampla

defesa e contraditório, levando em consideração que podem ocorrer acusações falsas por parte de um ou ambos os genitores.

Duas espécies de medidas de urgência podem ser deferidas no pleito que verse sobre a alienação parental. A primeira são as medidas provisórias mencionadas no art. 4º da norma que, nitidamente, têm a natureza acautelatória. Na esteira do anteprojeto de CPC, a medida cautelar não deve ser intentada via ação cautelar autônoma, mas incidentalmente, nos próprios autos principais. A natureza jurídica cautelar é o que importa. No atual estágio processual, não há mais discussões acerca da possibilidade do deferimento de medida acautelatória no bojo de processo principal. Nada obsta o pedido de medida liminar para a adoção de uma das medidas indicadas no artigo 6º, por exemplo, a inversão da guarda sob o suporte da alienação parental. Tal medida liminar terá nitidamente a função de antecipação dos efeitos da tutela e não de medida liminar acautelatória. Por vezes, se a gravidade do caso for extrema, poderá o juiz antecipar a tutela postecipando o contraditório. Nesta vertente, entendemos que os requisitos autorizadores da medida são previstos no artigo 273, CPC: prova inequívoca (entende-se: forte, robusta), que conduza à verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável reparação o abuso do direito de defesa (PELEJA JÚNIOR, 2010).

Caroline de Cássia Francisco Buosi atesta que, “os casos de alienação parental são de difícil aferição, principalmente pelo magistrado, haja vista que sua área de formação não é especializada nesse ramo de perícia”. Assim sendo, a realização dessa deve ser executada por perícia psicológica ou biopsicossocial, em consonância com o art. 4.º da Lei nº 12.318/2010.

Enquanto o profissional perito ligado à assistência social deve vislumbrar sua prática, verificando as condições e realidade social existentes, certificando-se de qual é a melhor delas para a criança ou adolescente envolvido – situação mais precisamente nos casos de guarda – o profissional perito ligado à psicologia volta-se para os casos de alienação parental, tendo em vista que o objeto periciado nessas ocasiões não se restringe a situações objetivas de estrutura ou realidade social daquela família, e sim aos impactos e às questões subjetivas e psicológicas envolvidas dos parentes que têm ou mantêm a guarda da criança que foi vítima (BUOSI, 2012, p. 130-131).

A comprovação da alienação parental, assim como a de abuso sexual, são provas muito complicadas e difíceis de produzir. Por esse motivo torna-se imprescindível o auxílio de profissionais capacitados em seus ramos de atuação para averiguar ou não sua existência e saberem distinguir o que são falsas memórias, de narrações verdadeiras de abuso.

Por ser dever ímpar do judiciário promover o bem viver, tem-se a consciência de que a Justiça, na pós-modernidade, não se limita a promover o enfoque formal da lide, definir, decidir, mas, sobretudo, deve buscar a transformação dos conflitos para aliviar situações de ruptura, de tensão, de mágoa e, principalmente, de rancor, como o objetivo de preservar um imprescindível bem durável: a pacífica convivência das pessoas. Dessa forma, reconhece-se que a sentença proferida em sede contenciosa tem efeito positivo para resolver relações isoladas e de cunho interindividual; contudo somente alcança um fenômeno do passado que não acompanha o desenvolvimento das relações, principalmente, as de cunho familiar (FILHO, 2014, p. 156).

Todavia, Zamariola (2014, p. 197) pondera: “em primeiro lugar, minha visão é a de que o advogado de família deve ser capaz de perceber que uma sentença judicial, por melhor que seja, jamais será capaz de solucionar plenamente um conflito familiar”. Ou seja, afora ter conhecimento do processo e de toda a matéria a respeito da alienação parental, apesar disso, devem os operadores do direito ponderar que o processo soluciona uma questão pontual, não tendo o escopo de restaurar os laços familiares, sendo esse um encargo, uma incumbência dos genitores, uma vez que decisão judicial alguma jamais terá o condão de capaz de reverter os laços quebrados entre as partes e seus filhos, se não existir uma mudança comportamental de todos os envolvidos.

4.3 Guarda compartilhada como forma de redução da alienação parental

A melhor definição do que seja a guarda compartilhada foi dita pelo desembargador Sérgio Gischkow Pereira (2011, online), que a define como sendo:

[...] a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor, pessoas residentes em locais separados. O caso mais comum será o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos filhos, ao contrário do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico.

Com a promulgação da Lei nº 11.618/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 da Lei 10.406/2002 – Código Civil, que passou a disciplinar a guarda compartilhada que antes não era disciplinada legalmente. Assim sendo, a guarda poderá ser exercida de forma unilateral ou compartilhada. (BRASIL, 2008).

“Sobre o modelo de guarda compartilhada, o poder familiar compete aos pais, mesmo que dissolvida a sociedade

conjugal, ambos prosseguem titulares deste direito [...]” (SANDRI, 2013, p. 160). Desta feita, estabelecida a guarda compartilhada, não é determinado a um dos genitores como responsável pela responsabilidade dos filhos.

Rotineiramente é dada a guarda unilateral a genitora, ficando o genitor com o direito a visitas quinzenais, todavia a criação dos filhos não pode ser resumida a visitas quinzenais por parte de um dos genitores, cabendo apenas a um a responsabilidade pela criação e educação da prole, diante de tais elementos a guarda compartilhada veio para responsabilizar ambos os genitores pela criação e educação dos filhos, em igualdade de deveres e direitos, mostrando ser importante instrumento para pelo menos minimizar os casos cada vez mais frequentes de alienação parental que veem ocorrendo, conforme observa Douglas Phillips Freitas:

Com a convivência em vez de visita, certamente será evitada a mazela da síndrome da alienação parental, principalmente na guarda unilateral, pois o genitor não guardião, em vez de ser limitado a certos dias, horários ou situações, possuirá livre acesso ou, no mínimo, maior contato com a prole. A própria mudança de nomenclatura produz um substrato moral de maior legitimação que era aquele de visitante. O não guardião passa a ser convivente com o filho (FREITAS, 2014, p. 96).

É necessário fazer com que as partes entendam que a guarda compartilhada, não quer dizer que a vida da criança será dividida em duas partes ou em duas residências diferentes, mas sim que seus genitores iram dividir igualmente direitos e deveres, que em conjunto e compartilhando, decidiram o melhor para o filho. (PELEJA JUNIOR, 2010)

5. CONCLUSÃO

Com a crescente evolução da sociedade e de suas variadas novas formas de família, bem como o aumento crescente de divórcios e constituição de novos núcleos familiares, houve o aumento exponencial nos problemas relacionados a guarda dos filhos menores, e com esse aumento o surgimento da alienação parental. Diante de tais fatos, buscou-se com o presente trabalho monográfico apresentar o que é a alienação parental, seu recente reconhecimento pela OMS - Organização Mundial de Saúde, como uma das doenças relacionadas no CID - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

Esse reconhecimento pela OMS traz grande impacto bem como benefícios, uma vez que facilita a implantação de políticas públicas e pesquisas voltadas ao combate dessa condição social, como explicado nesse trabalho, uma vez que o termo síndrome encontra-se em desuso. (OMS, 2018).

Foi necessário delimitar objetivos, uma vez que o campo de pesquisa a respeito do assunto objeto do presente estudo hodiernamente é amplo e diversificado. Para se falar do tema alienação parental é necessário falar acerca dos diversos tipos de família no Brasil, sendo o intuito maior a garantia do afeto e o melhor interesse dos filhos.

Observamos as formas de promover e induzir a famigerada alienação parental, e vimos que ela pode ser promovida além dos genitores, pelos avós, tios, companheiros, ou pessoas que detenham algum poder sobre as crianças e adolescentes.

Identificamos quais as providências devem ser tomadas quando constada a alienação parental, o comportamento da pessoa que a pratica bem como os efeitos nefastos que esta prática acarreta principalmente na vida pessoal das crianças e adolescentes que são vítimas dessa prática desumana e cruel.

Com essa prática cada dia mais presente em nosso cotidiano foi necessária a criação de dispositivos legais que

resguardassem essas verdadeiras vítimas principalmente de pais imaturos que usam seus filhos como armas de verdadeira vingança contra seus ex-cônjuges, sendo em 2010 promulgada a lei 12.318. (BRASIL, 2010).

Com a promulgação da lei 12.318/2010, os operadores do direito puderam contar com o respaldo legal para coibir atos de alienação parental praticados, tendo meios legais de coibi-los.

Todavia, resta a todos incutir nas partes a noção que os filhos merecem amor, carinho, respeito e atenção e que não devem jamais ser usados como armas sem brigas entre casais que por qual motivo for, já não mais convivem em harmonia, uma vez que não existe a figura de ex-filho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Thiago José de Oliveira. **O combate à Síndrome de Alienação parental**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58171> >. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL, **Código Civil (2002)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm >. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível

em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, **Lei 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> >. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL, **Lei 12.013, de 06 de agosto de 2009**. Altera o art. 12 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12013.htm >. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL, **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm >. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL, **Lei 12.398, de 28 de março de 2011**. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm >. Acesso em: 23 set. 2018.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CABRAL, Carlos Cristiano Cordeiro. **Alienação Parental e seus desdobramentos judiciais, sociais e psicológicos**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 dez. 2017. Disponível em: <
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590129&seo=1> >. Acesso em: 05 set. 2018.

CEZAR, José Antônio Daltoé. A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em juízo. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 365-381.

CHUNG, Nathalie Maia. **A alienação parental sob a perspectiva do direito fundamental à convivência familiar saudável**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55749&seo=1> >. Acesso em: 05 set. 2018.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Gildo Alves de Carvalho. Alienação parental. In: VITORINO, Daniela; MINAS, Alan (Org.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155-163.

FREITAS, Hannah Yasmine Lima. **Síndrome Da Alienação Parental: Aspectos Legais, Doutrinários e Jurisprudenciais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 jul. 2017. Disponível em: <
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589532> >. Acesso em: 05 set. 2018.

LOPES, Isabella Dara. **Alienação Parental**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590875&seo=1>>. Acesso em: 05 set. 2018.

MACHADO, Arieli Monique. **Alienação Parental: Direito à convivência familiar**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590058&seo=1>>. Acesso em: 05 set. 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OMS reconhece a existência do termo Alienação Parental e o registra no CID-11. Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM. 08/08/2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6717/OMS+reconhece+a+exist%C3%Aancia+do+termo+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+e+o+registra+no+CID-11>>. Acesso em 15 set. 2018.
PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Síndrome da alienação parental: aspectos materiais e processuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2730, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18089>>. Acesso em: 21 out. 2018.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. 03 jan. 2011. Disponível em: <<http://icj.com.br/portal/artigos/a-guarda-conjunta-de-menores-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 01 nov. 2018.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/976/10947>>

4_Viviani.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Curitiba: Juruá, 2013.

TORRES, Bruna Meneses. **Diferença entre alienação parental e síndrome de alienação parental (SAP) e suas consequências para criança ou adolescente**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 20 jun. 2018. Disponível em: <[ttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590957&seo=1](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590957&seo=1)>. Acesso em: 05 set. 2018.

ZAMARIOLA, Ricardo. Breves linhas sobre o advogado e as lides de família. In: VITORINO, Daniela; MINAS, Alan (Org.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 197-203

DO PROCEDIMENTO PARA ADOÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Ingrid Cristhina Matos Moreira e Souza⁵

RESUMO

A adoção no Brasil sempre foi palco de dúvidas e discussões. O propósito deste trabalho é orientar de forma clara e sucinta, para que seja de fácil entendimento, como é o andamento processual para a adoção. Alguns dizem que o andamento processual lento e as exigências impostas pelo nosso ordenamento jurídico fazem com que a expectativa tanto da criança ou adolescente como da pessoa que vai adotá-lo sejam ainda maiores. A pesquisa aborda o procedimento que o adotante passa para conseguir o que tanto almeja, a adoção. Durante o processo, todas as etapas são imprescindíveis, de grande importância para a combinação perfeita (ou o mais próximo disso) entre adotante e adotado. O procedimento pode até parecer longo e demorado para ambas as partes, no entanto é válido e significativo cada abordagem feita pelo processo. Já que fazer parte de uma nova família e ser uma nova família, não há de ser tarefa fácil, o que demanda muita paciência, carinho e amor para com os dois lados.

Palavras-chave: Adoção no Brasil. Pesquisa. Andamento processual. Abordagem do processo de adoção.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho contempla o tema “Do procedimento para adoção na sociedade brasileira”. De forma delimitada, se abordará sobre o procedimento para a adoção em nosso país.

⁵ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

O estudo a ser desenvolvido direciona a esclarecer o processo jurídico pelo qual passa um cidadão que tenha interesse em adotar uma criança ou adolescente. Além de acrescentar conhecimentos necessários para a formação do advogado, também auxilia a sociedade acerca de aspectos importantes sobre adoção.

Com base em pesquisas feitas para entender o que leva nossas crianças e adolescentes ao caminho da adoção em nosso país, o aspecto da questão social é o que tem levado a tal resposta. Em nosso país, o número de crianças e adolescentes abandonadas, órfãs, vítimas de maus tratos ou violência doméstica é crescente no meio de famílias com um nível de pobreza acentuado. O que atualmente, diante das dificuldades que permeiam o sistema familiar, leva o indivíduo a deixar crianças em abrigos ou lares sólidos.

O Estado, neste estudo sobre a adoção, tem um papel significativo, como menciona o Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959. Como o adotado não possui mãe, pai ou parente, o Estado tem a responsabilidade de cuidar e proteger nossos jovens desamparados.

A adoção em nosso sistema jurídico brasileiro, veio passando por constantes transformações desde o primeiro Código Civil de 1916. Em 1957 a Lei Federal nº 3.133/57 modificou alguns artigos do Código Civil referentes a adoção e, em 1965 a Lei nº 4.655/65, que dispõe sobre a Legitimidade Adotiva, juntamente com a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao passo de sempre buscar benefícios para facilitar tanto para os adotantes como para os adotados.

Quanto à estrutura da presente monografia, a pesquisa inicia-se no segundo capítulo, com o objetivo de estabelecer o conceito de adoção no ordenamento jurídico em que será trabalhado. Em seguimento, o terceiro capítulo, aborda o contexto histórico do instituto da adoção, como, ao longo dos anos, teve uma evolução significativa, tanto em forma de leis como de sistemas eletrônicos práticos que ajudam na eficiência

do processo. Apresenta-se, no quarto capítulo, o Cadastro Nacional de Adoção, o que é e qual seu papel fundamental na prática do serviço prestado pelos doutos magistrados. O quinto capítulo exemplifica, passo a passo, o que o adotado precisa fazer para dar início ao trâmite judicial para adoção. No sexto capítulo é abordado sobre possibilidades da adoção: quem pode adotar; quem pode ser adotado; quem não pode ser adotado; e, dos documentos necessários para formalizar o início do processo de adoção. Por fim, mas não menos importante, o sétimo capítulo remonta ao resumo total da pesquisa, explicando o motivo pelo qual dei início ao trabalho e minhas conclusões acerca das pesquisas.

Sob essa ótica, conclui-se como sendo o objetivo geral desta pesquisa, fazer com que de forma simples e sucinta, compreendamos melhor a finalidade da legislação sobre o tema proposto dentro do ordenamento jurídico, ou seja, apresentando de forma clara quais aspectos legais seguir para adotar uma criança ou adolescente em nosso país.

2 CONCEITO DE ADOÇÃO

Segundo o Dicionário *Online* de Português (DIXIO, 2009, *online*), Adoção é um substantivo feminino e significa: “[...] processo ou ação judicial que se define pela aceitação espontânea de alguém como filho(a), respeitando as condições jurídicas necessárias.”

No Dicionário Jurídico de Antônio de Paulo (2004, p.26)², a adoção é acentuada como “[...] a aceitação voluntária e legal de uma criança como filho; perfilhação, perfilhamento.”

Conceitua Pereira (2007, p. 392): “A adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra pessoa como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.”

Para o autor, entende-se que a adoção é a forma pelo qual uma pessoa passa a considerar o filho de outra pessoa como seu.

Para Venosa (2009, p. 295)⁴, diz-se que:

Modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade. [...] A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção moderna é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas.

Entendendo que, apesar de ter efeito jurídico, a adoção vem da manifestação de vontade de ambas as partes. É o início de uma relação familiar, apesar de tal definição não ser de cunho biológico, mas que cria laços e relações entre duas pessoas.

Segundo Granato (2003)⁵, “é com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que o conceito de adoção começa a ter maior abrangência, apontando, principalmente, para os interesses do adotando. A real finalidade da adoção moderna é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança ou adolescente que, por quaisquer motivos, ficou privada disso em relação a sua família biológica”.

3 CONTEXTO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Em 1º de janeiro de 1916, entra em vigor no Brasil a Lei nº 3.071 (BRASIL, 1916), criada por Clóvis Bevilacqua, intitulado de Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. E a adoção se enquadrando em seus artigos 368 a 378.

“Anteriormente ao Código Civil Brasileiro (BRASIL, 1916) de 1916 havia várias formas de se adotar, pois o instituto não era sistematizado e haviam várias limitações. Dessa forma,

foram feitas algumas alterações para que a possibilidade de adoção fosse ampliada.” (BEVILACQUA, 1923)⁷.

Sendo assim, criou-se Lei nº 3.133 (BRASIL, 1957)⁸ em 08 de maio de 1957, “[...] onde a mesma alterou os requisitos indispensáveis para a adoção, dentre elas: a idade mínima do adotante foi diminuída de 50 (cinquenta) para 30 (trinta) anos, a diferença de idade entre adotantes e adotados também foi reduzida de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos, e eliminou a exigência de inexistência de prole. Com esta lei, passou-se a exigir que os adotantes fossem casados há pelo menos 05 (cinco) anos e que por vontade do adotado poderia ser dissolvido a adoção, desde que o mesmo, após um ano de completar a maioridade, por mútuo consentimento das partes e nos casos em que se admitia a deserção.” (GONÇALVES)⁹.

No ano de 1965 foi aprovado a Lei nº 4.655 (BRASIL, 1965), introduzindo no ordenamento jurídico a legitimação adotiva. Em que se discorria acerca da adoção de crianças com até 07 (sete) anos, desde que tivessem sido abandonadas pelos pais biológicos.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigor desde 1990 (BRASIL, 1990)¹¹, e a Constituição Federal da República Brasileira (BRASIL, 1988)¹² de 1988, foi então criado e disciplinado com mais atenção toda matéria envolvendo menores. Quanto ao andamento processual, pouco foi notado a diferença.

Como se vê, é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio melhor de melhorar a condição moral e material do adotado. (DINIZ, 2007).

O Código Civil (BRASIL, 2002)¹⁴ de 2002, trás a possibilidade de revogação da concordância dos genitores ou responsáveis até o momento da sentença definitiva de adoção.

Para se ter uma noção, segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), hoje no Brasil, cerca de

8,7 mil crianças e adolescentes estão à espera de uma família e, 43,6 mil pretendentes estão cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). (BRASIL, 2008).

4 CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA)

4.1 O Que É O Cadastro Nacional De Adoção

O Cadastro Nacional de Adoção -CNA- (BRASIL, 2008)¹⁶, foi lançado em 2008. Ele é uma plataforma digital da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), que dá suporte e auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos processos de adoção em todo o país.

Conforme demonstra, o Cadastro (BRASIL, 2008), hoje em dia existem cerca de 9 mil crianças e adolescentes estão à espera de uma família e, 44,2 mil pretendentes para adoção.

4.2 Transparência e Agilidade

Hoje em dia, o Cadastro (BRASIL, 2008)¹⁷ permite que, no momento em que o juiz insere dados de uma criança ou adolescente no sistema, automaticamente ele será informado se há pretendentes na fila de adoção compatíveis com aquele perfil. Acontece a mesma coisa se o juiz cadastra um pretendente e há crianças que atendem àquelas características desejadas.

O sistema ainda está sob possíveis aperfeiçoamentos, mas o que se deseja é que o sistema trace diariamente e com precisão os possíveis pretendentes para a criança que está no cadastro. Em seguida, o sistema avisará o juiz, por *e-mail*, da existência de um pretendente para uma criança cujo processo está em sua jurisdição e, simultaneamente, informar também por correio eletrônico, para o pretendente selecionado. (FARIELLO, 2017)¹⁸.

Todas as informações contidas no site serão de funcionalidade exclusiva dos juízes da Vara da Infância e da

Juventude, ou seja, o juiz detém controle sobre a plataforma, incluindo e atualizando informações para uma maior celeridade processual da adoção. (FARIELLO, 2017)¹⁹.

Entre as mudanças no Cadastro Nacional de Adoção (BRASIL, 2008), está o acréscimo do RG e CPF, para evitar possíveis duplicações de fichas de arquivo pessoal. As informações contidas são de caráter sigiloso, de tal forma que somente os juízes terão amplo acesso às informações descritas. Esse cadastro possibilitou que um casal que mora no Rio Grande do Sul-RS adotar uma criança ou adolescente que mora no Amazonas-AM. Conforme demonstra o cadastro, hoje em dia cerca de 9 mil crianças e adolescentes estão à espera de uma família e, 44,2 mil pretendentes para adoção. (FARIELLO, 2017)²⁰.

De acordo com Orlando Gomes (1987)²¹, além do Cadastro Nacional de Adoção (BRASIL, 2008) incorporar benefícios aos processos de adoção e melhorar a eficiência do trabalho nas varas da infância e da Juventude com diagnósticos precisos e constantemente atualizados, com ele o Judiciário poderá, ainda, dar outra grande

²¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

contribuição à sociedade. Por meio dos dados colhidos pelo Cadastro Nacional de Adoção, o poder executivo, responsável pelas políticas públicas em favor da infância e da juventude, terá condições de desenvolver políticas e programas que venham minorar a formação de adoção para milhares de crianças e adolescentes em todo o Brasil.

5 PASSOS PARA A ADOÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO

Abaixo demonstramos os passos para se dar início ao processo de adoção em nosso sistema jurídico segundo o site do Portal da Adoção:

a) Eu quero. Você decidiu adotar. Então, procure a Vara

da Infância e Juventude do seu município e saiba quais documentos deve começar a juntar. A idade mínima para se habilitar à adoção é de 18 anos, independentemente do estado civil, desde que seja respeitada a diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança ou adolescente a ser acolhida. Os documentos que você deve providenciar: identidade; CPF; certidão de casamento ou nascimento; comprovante de residência; comprovante de rendimentos ou declaração equivalente; atestado ou declaração médica de sanidade física e mental; certidões cível e criminal.

b) Dê entrada. Será preciso fazer uma petição – preparada por um defensor público ou advogado particular – para dar início ao processo de inscrição para adoção (no cartório da Vara de Infância). Só depois de aprovado, seu nome será habilitado a constar dos cadastros local e nacional de pretendentes à adoção.

c) Curso e avaliação. O curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção é obrigatório. Após comprovada a participação no curso, o candidato é submetido à avaliação psicossocial com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica interprofissional. Algumas comarcas avaliam a situação socioeconômica e psicoemocional dos futuros pais adotivos apenas com as entrevistas e visitas. O resultado dessa avaliação será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância.

d) Você pode. Pessoas solteiras, viúvas, casais homoafetivos ou que vivem em união estável também podem adotar.

e) Perfil. Durante a entrevista técnica, o pretendente descreverá o perfil da criança desejada. É possível escolher o sexo, a faixa etária, o estado de saúde, os irmãos etc. Quando a criança tem irmãos, a lei prevê que o grupo não seja separado.

f) Certificado de Habilitação. A partir do laudo da equipe técnica da Vara e do parecer emitido pelo Ministério Público, o juiz dará sua sentença. Com seu pedido

acolhido, seu nome será inserido nos cadastros, válidos por dois anos em território nacional.

g) **Aprovado.** Você está automaticamente na fila de adoção do seu estado e aguardará até aparecer uma criança com o perfil compatível com o perfil fixado pelo pretendente durante a entrevista técnica, observada a cronologia da habilitação. Caso seu nome não seja aprovado, busque saber os motivos. Estilo de vida incompatível com a criação de uma criança ou razões equivocadas (para aplacar a solidão; para superar a perda de um ente querido; superar crise conjugal etc.) podem inviabilizar uma adoção. Você pode se adequar e começar o processo novamente.

h) **Uma criança.** A Vara de Infância vai avisá-lo que existe uma criança com o perfil compatível ao indicado por você. O histórico de vida da criança é apresentado ao adotante; se houver interesse, ambos são apresentados. A criança também será entrevistada após o encontro e dirá se quer ou não continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde ela mora; dar pequenos passeios para que vocês se aproximem e se conheçam melhor. Esqueça a ideia de visitar um abrigo e escolher a partir daquelas crianças o seu filho. Essa prática já não é mais utilizada para evitar que as crianças se sintam como objetos em exposição, sem contar que a maioria delas não está disponível para adoção.

i) **Conhecer o futuro filho.** Se o relacionamento correr bem, a criança é liberada e o pretendente ajuizará a ação de adoção. Ao entrar com o processo, o pretendente receberá a guarda provisória, que terá validade até a conclusão do processo. Nesse momento, a criança passa a morar com a família. A equipe técnica continua fazendo visitas periódicas e apresentará uma avaliação conclusiva.

j) **Uma nova família.** O juiz profere a sentença de adoção e determina a lavratura do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Existe a possibilidade também de

trocar o primeiro nome da criança. Nesse momento, a criança passa a ter os direitos de um filho biológico.

6 OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO

6.1 Quem Pode Adotar

a) homem ou mulher maior de 18 anos, qualquer que seja o estado civil e desde que seja 16 anos mais velho do que o adotando;

b) os cônjuges ou concubinos, em conjunto, desde que sejam casados civilmente ou mantêm união estável, comprovada a estabilidade da família;

c) os divorciados ou separados judicialmente, em conjunto, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal;

d) tutor ou curador, desde que encerrada e quitada a administração dos bens do pupilo ou curatelado;

e) requerente da adoção falecido no curso do processo, antes de prolatada a sentença e desde que tenha manifestado sua vontade em vida;

f) família estrangeira residente ou domiciliada fora do Brasil;

g) todas as pessoas que tiverem sua habilitação deferida, e inscritas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

6.2 Quem Pode Ser Adotado

a) crianças ou adolescentes com, no máximo, 18 anos de idade à data do pedido de adoção e independentemente da situação jurídica;

b) pessoa maior de 18 anos que já estivesse sob guarda ou tutela dos adotantes;

c) maiores de 18 anos, nos termos do Código Civil. (BRASIL, 2002).

6.3 Quem Não Pode Ser Adotado

- a) avós ou irmãos do adotado;
- b) adotantes, cuja diferença de idade seja inferior a 16 anos do adotando.

6.4 Documentos Necessários

- a) documento de identidade (RG);
- b) comprovante de residência;
- c) cópia autenticada da certidão de nascimento ou casamento;
- d) CPF;
- e) cópia do comprovante de renda mensal dos requerentes;
- f) atestado de sanidade física e mental;
- g) atestado de idoneidade moral assinado por duas testemunhas, com firma reconhecida em cartório;
- h) atestado negativo de antecedentes criminais.

7 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado abordou sobre o processo de adoção no sistema brasileiro. Primeiramente foi realizada uma busca para se conhecer o conceito da adoção em nosso país. Alguns autores abordam o tema em questão com enfoque no melhor interesse da criança a ser adotada, pois é em benefício dela que o sistema trabalha. Procurando um lar adequado para cada criança, sejam elas necessitadas de cuidados especiais (como na saúde) ou não.

O Estado busca a melhor forma possível para que os dois (adotante e adotado) lidem bem com todo o trâmite judicial. O

sistema ainda é um pouco lento, mas o objetivo principal continua sendo evitar sua permanência em abrigos.

Após, adentramos em sua história, buscando um entendimento evolutivo de suas conseqüentes mudanças. Vimos que desde a criação do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, em 1916, houve uma conseqüente mudança no que diz respeito ao assunto adoção. Em 1990 Suas lides foram desenvolvendo conforme relatado no terceiro capítulo deste trabalho.

Com a chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, deu luz a alguns aspectos ainda obscuros e com vários entendimentos sobre a adoção. Por se tratarem de jovens em fase de crescimento e aprendizagem, esta lei surgiu como guardião dos seus direitos.

Como o número tem sido cada vez maior de jovens à procura de um lar, foi criado em 2008 o Cadastro Nacional de Adoção. O mesmo possibilita de forma prática a associação de adotantes e adotados. Mesmo com melhorias a vista, os juízes vem utilizado a plataforma como meio de facilitar a busca de ambas as partes. O site é seguro, cada pessoa que deseja adotar uma criança ou adolescente deve cadastrar e aguardar o contato. Alguns juízes elogiam o sistema, no entanto ressaltam algumas melhorias que estão sendo adaptadas para unir de forma cada vez mais prática e rápida essas pessoas.

A adoção é um ato único, de amor. Foi listado no capítulo 5, quais procedimentos necessários para se dar início ao trâmite judicial de adoção. Uma forma prática, mas que ainda passa por burocracias e esperas.

Para se adotar uma criança não basta apenas querer, tem que ter ciência de que é uma vida para ser cuidada com amor, carinho, dedicação, zelo, atenção e cuidado. Crianças que passam por esse processo já vem estigmatizadas pelo seu passado, não precisam de mais lamúria em suas vidas. Precisam de gente que realmente tenham amor para com o próximo, que vão amá-las e cuidá-las de toda e qualquer forma. Em face disso, é necessário saber quem pode adotar, quem pode ser

adotado, quem não pode adotar, os documentos necessários, coisas simples de se saber antes de entrar com um processo judicial para iniciar uma família.

Todo o trabalho foi feito com muito carinho e afinco. No intuito de demonstrar que não é tão complicado quanto se parece. Mas que basta apenas ter fé no próximo, ter amor e compaixão pela vida que entrará na sua vida.

Adotar é um ato de amor.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. Adoção de filho adulterino no direito civil brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, n. 23, v. 14, p. 14-28, dez. 1985.

BRASIL. Cadastro Nacional de Adoção (CNA), 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Lei nº 3.071, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1º de janeiro de 1916. 1916.

BRASIL. Lei nº 3.133, Atualiza o Instituto de Adoção prescrita no Código Civil, de 08 de maio de 1957. 1957.

BRASIL. Lei nº 4.655, Legitimidade adotiva, de 02 de junho de 1965.

BRASIL. Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, Código Civil, 10 de janeiro de 2002. 2002.

DICIO. Dicionário *Online* de Português. In: Dicio, 2009. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/adocao/>>. Acesso em: 16 out 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIELLO, Luiza. Adoção de Criança: um cadastro nacional mais transparente e ágil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84692-adocao-de-crianca-um-cadastro-nacional-mais-transparente-e-agil>>. Acesso em: 02 nov 2018.

GOMES, Orlando. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. I. Parte Geral. 10. ed. Saraiva, 2012.

GRANATO, E. F. R. Adoção: doutrina e prática com abordagem do novo código civil. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

JORGE, Dilce Rizzo. Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil. In: Rev. Bras. Enferm. vol.28, no.2, Brasília Apr./June 1975. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003471671975000200011> Acesso em: 13 out. 2018.

KRAUSZ, Mônica. 23 Perguntas e respostas sobre adoção. Disponível em: <<https://bebe.abril.com.br/familia/23-perguntas-e-respostas-sobre-adocao/>> Acesso em: 02 nov 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959.

PAULO, Antônio de. Pequeno Dicionário Jurídico. 2. ed. São Paulo: DP&A, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTAL DA ADOÇÃO. Adotar não é um direito. In: Portal da Adoção, 26 de Março de 2017. Disponível em: <<http://portaldaadocao.com.br/98-adotar-nao-e-um-direito>>. Acesso em: 13 out 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009

ISBN: 978-85-434-1593-2

