



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO  
REGIONAL

Carlos Márcio de Melo Queiroz

**A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL: aspectos controvertidos da aparente  
discricionariedade judicial no artigo 5º à luz do Debate Hart x Dworkin**

Belém-PA

2019

Carlos Márcio de Melo Queiroz

**A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL: aspectos controvertidos da aparente  
discricionariedade judicial no artigo 5º à luz do Debate Hart x Dworkin**

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do título de Mestre em Direito junto  
ao Programa de Pós-Graduação em Direito do  
Centro Universitário do Estado do Pará.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas  
e Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e  
Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Belém-PA

2019

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Biblioteca do CESUPA, Belém – PA**

---

Q3l Queiroz, Carlos Márcio de Melo.

A lei da alienação parental: aspectos controvertidos da aparente discricionariedade judicial no artigo 5º à luz do debate Hart x Dworkin / Carlos Márcio de Melo Queiroz. — Belém, 2019.

115 p.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Mestrado Acadêmico em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

1. Alienação parental. 2. Guarda compartilhada. 3. Dworkin, Ronald, 1931-2013. 4. Responsabilidade dos pais. I. Dias, Jean Carlos (orient.). II. Título.

CDD 342.16

Carlos Márcio de Melo Queiroz

**A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL: aspectos controvertidos da aparente  
discricionariedade judicial no artigo 5º à luz do Debate Hart x Dworkin**

Dissertação aprovada em: 12/12/2019

Banca Examinadora:

**Prof. Dr. Jean Carlos Dias** - Orientador

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará

Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – PPGD /CESUPA

**Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho** - Examinador Interno

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP

Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – PPGD /CESUPA

**Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos** - Examinador Externo

Doutor pelo Departamento de Filosofia do Direito e Filosofia Social da Georg-August-Universität Göttingen

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD /UFPA

A todos aqueles que podem e devem intervir na escalada da alienação parental em nossa sociedade, para que tenham em mente, e em primeiro plano, a tutela do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência saudável com sua família materna e paterna.

## AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, e por sua misericórdia que nos sustenta a cada desafio.

A meus pais, Eli e Rosilda, por me ensinarem, pelo exemplo, que o amor entre pais e filhos pode e deve ser incondicional, e que este sentimento é o mais genuíno entre seres humanos. A minha mãe, ainda, acrescento, que sua busca incessante pelo saber sempre foi a força motriz, a grande inspiração, para que diante de tantas adversidades que a vida por vezes nos impõe, eu nunca desistisse desse sonho acadêmico.

A minhas irmãs Rosângela, Elizabeth e a meu irmão Sérgio, companheiros de tantas aventuras da vida; com vocês aprendi a compartilhar o amor e acreditar que ele, contrariando a matemática, cresce a cada vez que o dividimos, porque alcançamos mais pessoas.

A minha esposa Taciana e a meu filho Caio, esteio nesta jornada árdua pelo conhecimento, por sua paciência, compreensão, amor e apoio. Sem vocês, nada disto seria possível.

Aos servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, particularmente aos da 1ª Vara de Família e CEJUSC de Ananindeua, por “sustentarem as cordas” por muitas vezes em que o “chefe” precisou descer às profundezas do conhecimento, delegando-lhe tarefas. Por sua paciência em momentos em que o estresse pareceu tomar conta de mim, vocês foram genuinamente solidários.

Ao meu orientador Prof. Jean Carlos Dias, por sua generosidade e paciência para comigo, e valorosas contribuições ao trabalho. Sua obstinação pelo conhecimento é, também, um exemplo para mim.

A todos os professores do PPGD do CESUPA, por sua inestimável colaboração na minha formação.

Ao Professor José Claudio Monteiro de Brito filho, grande incentivador desta carreira acadêmica, e ainda, por suas palavras terem me renovado na crença de que a Justiça é um valor a ser perseguido diariamente e que pequenas ações podem, ainda, ser de grande diferença para vida das pessoas.

Aos funcionários do CESUPA, por sua presteza e urbanidade costumeira.

Aos meus colegas de mestrado; a convivência com vocês em sala de aula foi muito além de uma constante troca de conhecimentos, tornou-se um bálsamo para mim, fonte de inspiração e persistência. Esta amizade, certamente, estender-se-á para toda vida, superando a distância física e o tempo.

Ao amigo Carlos Valcácio, pelo incentivo perene, pela disponibilidade de sempre ouvir e opinar sobre reflexões essenciais a esta dissertação. Você foi vital para a conclusão desta empreitada acadêmica.

Aos amigos Menna Barreto, Ana Karina e João, por dividirem momentos felizes entre nossas famílias e ainda se solidarizarem nos momentos de angústia que precederam a conclusão deste trabalho.

E, finalmente, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES – por fomentar a expansão e a consolidação da pós-graduação em todos os Estados da República Federativa do Brasil.

Muito obrigado!

*“O sonho pelo qual eu luto exige que eu invente em mim a coragem de lutar, ao lado da coragem de amar” - Paulo Freire*

## RESUMO

O reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos merecedores de direitos especiais em decorrência de sua condição de ser em formação, é uma conquista recente no Brasil. Reconhecida a desconsideração de sua situação singular como pessoas em formação, resta patente a violação de seus direitos, em especial, o direito fundamental à convivência sadia com sua família e progenitores ainda que diante da ocorrência de desenlaces familiares, quando, via de regra, um dos genitores passa a exercer com preponderância os poderes parentais sobre a prole. A este cenário de ruptura de conjugalidade segue-se, não raramente, um cenário de ruptura da própria parentalidade por meio de atos de alienação parental. Em busca da compreensão deste processo são analisados aspectos característicos, doutrinários e legais de tais atos. Em um primeiro momento, a investigação se volta para a evolução conceitual da alienação parental desde os estudos iniciais de Richard Gardner e enveredando também pelos caminhos percorridos pela legislação brasileira no que tange ao tratamento dado às crianças e adolescentes desde a doutrina da situação de risco até a doutrina da proteção integral presente no corpo constitucional. Em seguida, defender-se-á a guarda compartilhada como uma das garantias da máxima e saudável convivência entre os pais e filhos, que veio, em sequência histórica legislativa, complementada pela Lei 12.318/2010, Lei de Alienação Parental. Ao final, serão cotejadas as perplexidades advindas da aparente discricionariedade judicial presente na interpretação do artigo 5º da Lei nº 12.318/2010. Essas perplexidades induzem a questionar quais seriam as matrizes interpretativas que apontariam para uma melhor resposta para a aplicação do texto normativo pelo magistrado, o que implica na adoção de uma teoria para a interpretação do texto de lei. No seu segundo momento, a pesquisa se volta para a análise de duas teorias que poderiam se apresentar como aptas a servir de matriz interpretativa para as perplexidades encontradas: o positivismo renovado de Hart e o Direito como integridade de Ronald Dworkin. Neste segundo momento, a análise se volta para perquirir como cada uma destas teorias se posiciona para dizer o que é o Direito e a partir deste posicionamento, determinar como devem ser resolvidos os casos de vagueza ou indeterminação do texto normativo e, por conseguinte, como é possível ao juiz a partir da interpretação, integrar o texto jurídico o que, ao fim e ao cabo, é o objetivo da presente investigação. De posse de tais ferramentas, no momento final do trabalho, será possível enfrentar a indeterminação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental e propor uma matriz interpretativa que melhor se alinhe à Teoria da Proteção Integral da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Alienação parental, Guarda Compartilhada, matriz interpretativa, Dworkin, Hartigo

## ABSTRACT

The recognition of children and adolescents as subjects deserving special rights due to their condition of being in formation is a recent achievement in Brazil. Recognizing the disregard of their unique situation as persons in formation, it remains clear the violation of their rights, in particular, the fundamental right to healthy living with their family and parents even in the face of the occurrence of family dislocations, when, as a rule, a of parents proceeds to exercise predominantly parental powers over the offspring. This scenario of rupture of conjugality is not infrequently followed by a scenario of rupture of parenthood itself through acts of parental alienation. In order to understand this process, characteristic, doctrinal and legal aspects of such acts are analyzed. At first, the investigation turns to the conceptual evolution of parental alienation since the initial studies of Richard Gardner and also following the paths taken by the Brazilian legislation regarding the treatment given to children and adolescents from the doctrine of the risk situation until the doctrine of integral protection present in the constitutional body. Then, the shared custody will be defended as one of the guarantees of the maximum and healthy coexistence between parents and children, which came, in a historical legislative sequence, complemented by Law 12.318 / 2010, Parental Alienation Law. At the end, the perplexities arising from the apparent judicial discretion present in the interpretation of artigo 5 of Law No. 12.318 / 2010. These perplexities lead to question which interpretative matrices would point to a better answer for the application of the normative text by the magistrate, which implies the adoption of a theory for the interpretation of the law text. In the second moment, the research turns to the analysis of two theories that could be presented as an interpretative matrix for the perplexities found: Hart's renewed positivism and Ronald Dworkin's Law as Integrity. In this second moment, the analysis turns to ask how each of these theories is positioned to say what is the Law and from this position, determine how the vagueness or indetermination of the normative text should be resolved and, therefore, how It is possible for the judge from the interpretation, to integrate the legal text which, after all, is the purpose of the present investigation. With such tools, at the final moment of the work, it will be possible to face the indetermination of artigo 5 of the Parental Alienation Law and propose an interpretative matrix that best aligns with the Theory of Integral Protection of children and adolescents.

Keywords: Parental alienation, shared custody, interpretive matrix, Dworkin, Hartigo

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ARTIGO – Artigo

CC/1916 – Código Civil de 1916

CC/2002 – Código Civil de 2002

CPC – Código de Processo Civil

CRF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DSM – Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

SAP – Síndrome da Alienação Parental

CID – Classificação Interacional de Doenças

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 A ALIENAÇÃO PARENTAL.....</b>	<b>12</b>
1.1 Da evolução do conceito de alienação parental.....	12
1.2 O recente despertar da comunidade jurídica para o fato da criança e do adolescente serem sujeitos de direitos especiais .....	15
1.3 O direito a convivência com a família materna e paterna como direito fundamental da criança e do adolescente .....	18
1.4 Guarda compartilhada: a necessária distinção entre a conjugalidade e a parentalidade para garantir a convivência saudável entre pais e filhos .....	20
1.6 Da necessidade e origem da lei de alienação parental.....	27
1.7 A topografia da lei de alienação parental.....	30
1.8 A perícia psicológica ou biopsicossocial como elemento essencial para o convencimento do magistrado na aferição da existência da alienação parental .....	32
1.9 A discricionariedade aparentemente implícita na redação do artigo 5º da Lei nº 12.318/2010 .....	37
<b>2 ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS PARA O PROBLEMA DA APARENTE INDETERMINAÇÃO NA UTILIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE PELO JUIZ NA REDAÇÃO DO ARTIGO 5º DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DO DEBATE HART X DWORKIN.....</b>	<b>39</b>
2.1 A ideia de discricionariedade a partir do positivismo jurídico de Herbert Hart .....	40
2.1.1 A regra de reconhecimento como critério de demarcação do que é Direito e dos limites dos oficiais da lei.....	42
2.1.2 A textura aberta do direito e a discricionariedade judicial .....	46
2.2 A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin .....	51
2.2.1 A crítica de Ronald Dworkin ao conceito de direito de Hart.....	52
2.2.2 Os casos difíceis segundo uma concepção positivista .....	54
2.2.3 A insubordinação de Dworkin à tese hartiana de incompletude do direito: os princípios como padrões normativos a serem observados pelos juízes .....	56
2.2.4 A superação do critério da discricionariedade forte como fundamento para as decisões judiciais em casos difíceis: dos princípios como indutores para a resposta correta aos desacordos teóricos .....	61
2.2.5 O direito como integridade .....	68
2.2.6 O romance em cadeia como ferramenta para a interpretação do direito .....	75
<b>3 AS MATRIZES INTERPRETATIVAS: UM TESTE DE REALIDADE EM RELAÇÃO A PERPLEXIDADE DETECTADA NO ARTIGO 5º DA LEI 12.318/2010 .....</b>	<b>79</b>
3.1 Interpretando o artigo 5º da Lei de Alienação Parental a partir da matriz hartiana.....	81
3.2 Interpretando o artigo 5º da Lei de Alienação Parental a partir da matriz dworkiniana.....	91
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

O reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que merecem especial proteção é um fenômeno bastante recente. Com efeito, no âmbito internacional, apenas a partir da Convenção de Genebra, que data de 1924, é que se tem expressa menção da necessidade de se consolidar instrumentos que abonem e promovam uma doutrina que admita a necessidade de proporcionar uma proteção especial a este grupo. Antes deste marco histórico, essas pessoas, em formação física e mental, eram, na sociedade rural, usadas como mão-de-obra para as tarefas diárias da lavoura; já quando da revolução industrial, semelhantemente aos adultos, foram submetidas a jornadas de trabalho exaustivas, degradantes e sob condições absolutamente desumanas.

No Brasil, em que pese o Código Civil de 1916 prometer a garantia dos direitos do nascituro desde a concepção, o fato é que somente com a Constituição de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 é que se pode afirmar que crianças e adolescentes passaram a ter especial proteção; superou-se, então, a doutrina da situação irregular, fio condutor do Código de Menores (lei nº 6.697/79), passando-se para a doutrina da proteção integral, que está esculpida, de forma clarividente, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

De fato, sob a égide do Código de Menores, crianças e adolescentes eram verdadeiros objetos de direito e, ao juiz de menores, eram conferidos verdadeiros poderes despóticos, arbitrários e ilimitados. À guisa de exemplo, o referido Código estabelecia que se o menor fosse abandonado, pervertido ou estivesse em perigo de o ser, a autoridade competente promoveria sua colocação em asilo, casa de educação ou confiada a pessoa idônea até a idade de 21 (vinte e um) anos. Assim, ao se estabelecer o tipo “pervertido ou em perigo de o ser”, abria-se a possibilidade de, em nome da aplicação da lei, enquadrar qualquer um sob o alcance da ação arbitrária de um juiz.

A Constituição Cidadã, por sua vez, ainda sob a influência dos movimentos europeus do pós-guerra e da necessidade de reafirmar valores que foram violados durante a ditadura militar, estabeleceu uma série de direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes, entre eles os direitos à convivência familiar.

A proteção à infância, pois, em um sentido lato, pode ser entendida como um direito social tutelado pelo artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 227 da mesma Carta Política prescreve outros direitos mais específicos, assegurando às crianças e adolescentes a titularidade de direitos fundamentais, que podem ser exigidos do Estado por meio de políticas públicas.

Como já dito, entre estes direitos fundamentais da criança e do adolescente está o da convivência com a família materna e paterna. A violação deste direito, entretanto, vem ocorrendo há milhares de anos. A literatura grega, por exemplo, pródiga em narrar histórias extraordinárias por mitos, os quais, como se sabe, contam histórias lendárias, que não aconteceram, mas sempre existiram de uma forma menos fantástica, registra, no ano de 431 a. C., a peça grega, escrita por Eurípedes, de nome Medeia, em que, na forma de narrativa mitológica, narra-se a história de uma mãe que, transtornada pelo insucesso de seu casamento, acaba por usar os próprios filhos como seu instrumento de vingança, privando-lhes, definitivamente, da companhia de seu pai.

Entretanto, apesar do registro mais que milenar da literatura grega, apenas nos anos 80 do século passado, a partir das perícias médicas forenses realizadas por Richard Gardner (DIAS, 2013, p. 15) passou-se a enfrentar, corajosamente, um mal que ele chamou de Síndrome da Alienação Parental (SAP). Em 2002, o próprio Gardner fez uma distinção entre a expressão anteriormente por ele cunhada e a Alienação Parental, ao definir que a síndrome é caracterizada pelo conjunto de sintomas que atinge a criança ou o adolescente programado para odiar o genitor não-guardião, enquanto a alienação parental limita-se ao ato ou conduta de programar, implantar falsas memórias na pessoa do infante.

A despeito da relevância desta distinção o fato é que ambas, SAP ou Alienação Parental violam direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente no que diz respeito a sua saúde, dignidade e direito a conviver com as famílias paterna e materna.

Os danos causados às crianças e adolescentes submetidos a atos de alienação parental, ainda segundo Richard Gardner, vão do grau leve, passando pelo moderado até o grau grave. No tipo leve, ocorre a campanha de difamação de forma branda, gerando, assim, episódios pontuais de conflitos com o genitor alienado, os quais geram culpa e desgosto nos filhos. Já o tipo moderado ocorre quando as visitas passam a ser motivo de tensão, havendo reiterados conflitos e que já não despertam na prole culpa ou mal estar. Neste caso o filho alienado já passa a evitar a família do genitor alienado, distancia-se afetivamente dele e assume o papel de defensor do genitor alienador. As visitas passam a ser reiteradamente prejudicadas, por motivos pouco justificáveis, como festas, viagens, compromissos de última hora, resfriados. Finalmente, no tipo grave, a campanha difamatória é ostensiva, às escâncaras, e as visitas passam a ter frequência cada vez menor e mais estressantes. O filho passa a manifestar ódio pelo genitor alienado e veneração pelo genitor alienante (GARDNER, 2002).

Por conseguinte, quando atos de alienação parental são levados ao conhecimento do Poder Judiciário, seja de forma incidental ou por ação própria, urge uma imediata, efetiva e

eficaz intervenção do Estado-Juiz, que é o garante constitucional dos direitos da Criança e do Adolescente, não se podendo olvidar que a estes a Constituição prometeu primazia de direitos e prioridade na tramitação processual.

Apesar da promessa constitucional, somente no ano de 2010, dois anos após a primeira redação da lei que alterou o Código Civil para quebrar o paradigma da guarda unilateral como regra nas ações de disputa de guarda de menores (Lei 11.698/08), é que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a Lei 12.318/2010, também conhecida como Lei da Alienação Parental.

Este texto normativo, por sua vez, buscou disponibilizar aos magistrados de todo país ferramentas valiosas para a identificação de atos de alienação parental, visando promover a pronta cessação de atos violadores dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como subsidiar juízos de valores sobre os alienadores, permitindo a sua responsabilização e consequente sanção nos termos da lei específica, sem prejuízo de outras sanções civis e criminais cabíveis.

Estas ferramentas, mencionadas e trazidas pela Lei da Alienação Parental, são estudos multidisciplinares, nominados de perícias psíquica e biopsicossocial e estão previstas no seu artigo 5º.

Ocorre que, ao estabelecer as referidas perícias, o legislador pátrio optou por uma redação legislativa que gerou o inquietamento para a presente pesquisa. Afinal, a redação do artigo 5º da Lei 12. 318/2010 preceitua que: “havendo indício da prática de ato de alienação parental em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”.

Afinal, a perícia psicológica ou biopsicossocial seria um direito inalienável da criança ou do adolescente que apresente indícios de alienação parental ou estaria ao talante do juiz determinar sua realização ou não?

Ora, é bem verdade que, seja pela impossibilidade de que textos normativos possam antever todos os fatos relevantes para o mundo jurídico, ou mesmo pelas limitações semânticas que qualquer texto contém (e isto pelo caráter inerentemente vago da linguagem natural), seja pela necessidade, até mesmo, de se compreender e interpretar uma prática social, é necessário reconhecer que o Direito, enquanto ciência jurídica, apresentará, muitas das vezes, ambiguidade, obscuridade ou até ausência de um modelo normativo, em sentido estrito, que se adegue ao caso concreto.

Por conseguinte, resta evidente, desde já, a importância da tarefa interpretativa judicial, afinal, em que pese não serem eles os autores das leis, sejam elas consuetudinárias ou

não, a este corpo de agentes públicos compete a sua interpretação derradeira, bem como a sua aplicação.

Daí porque, desde o início da civilização até os dias atuais, uma questão de extrema importância para a organização dos seres humanos em sociedade é debatida. Esta pergunta consiste em saber se os juízes, e outros árbitros de disputas entre indivíduos e grupos, devem ser obrigados a seguir regras inflexíveis e previamente estabelecidas, garantido assim certa consistência e previsibilidade de suas decisões, ou se a estes julgadores seria conveniente conferir maior liberdade nos julgamentos, a fim de se perseguir uma decisão mais justa para cada caso (BODENHEIMER, 1976-7, p. 1144).

Na Grécia antiga, Platão, inicialmente, na mesma esteira do pensamento de Confúcio, condenou, em sua *República*, o uso de leis gerais para regular as condutas humanas, chegando a dizer no *Político*, que “a melhor coisa de tudo não é a autoridade total para as leis, mas sim autoridade total para um homem que entenda a arte da realeza e tenha sabedoria”. Entretanto, já em sua última grande obra, *as Leis*, o mesmo Platão reconheceu que em um mundo imperfeito, a regra livre e despreocupada, depositária de confiança irrestrita em um ser humano deveria ser revista para dar lugar a um sistema de regras gerais, que restringisse a discricionariedade dos juízes e de outras autoridades públicas (BODENHEIMER, 1976-7).

O positivismo jurídico, por sua vez, deu como resposta aos limites da atuação judicial, especialmente nos casos em que a lei não pudesse ser mecanicamente aplicada, pela simples subsunção de um caso ao texto normativo, um verdadeiro poder de escolha para o juiz. Esta faculdade ficou conhecida como discricionariedade judicial.

O positivismo jurídico de H.L.A. Hart - sem dúvida uma versão mais sofisticada do positivismo cuja centralidade para elucidação do conceito de Direito está nas regras - trilhando a versão derradeira da tese defendida por Platão, propôs sua Teoria do Direito calcada em um sistema de normas gerais, previamente estabelecidas e, finalmente, diante da inafastável ocorrência da imprecisão, vagueza ou mesmo ausência da lei, atribuiu aos juízes e outras autoridades públicas o poder discricionário de buscar, até mesmo, fundamentos extrajurídicos para fundamentar suas decisões, especialmente em casos não-evidentes, também chamados de casos difíceis.

Esta proposta positivista de discricionariedade encontrou em Ronald Dworkin o seu maior opositor, ao objetar como inaceitável que soluções extrajurídicas possam ser autorizadas como resposta a problemas de direito. E, mais ainda, Dworkin classificou como absolutamente reprovável, especialmente em regimes democráticos, que juízes ou outras autoridades públicas possam criar o Direito, ao arrepio do poder legislativo. Afinal, para este autor estadunidense,

aceitar a tese positivista acerca da discricionariedade seria admitir que a decisão judicial é uma questão de vontade, de escolha, para não dizer arbitrária, já que estaria ao talante do intérprete, que poderia, em última análise, atribuir o sentido que melhor lhe aprouvesse a um determinado texto.

Estes dois notáveis pensadores travaram, por décadas, ricos debates sobre a natureza do Direito e, especialmente, a partir de 1967, com “*O Modelo de Regras I*”, Dworkin lançou, entre outras críticas, um ataque à teoria positivista de Hart, no que tange à possibilidade de se conferir um poder discricionário forte aos juízes, como solução legítima para se encontrar a resposta para os casos difíceis.

Embora este debate, que se tornou conhecido como “Hart x Dworkin”, não tenha como tema único a discricionariedade judicial – de fato abordou outras questões diversas, como o papel da política no julgamento, o fundamento ontológico das regras, a possibilidade de uma Filosofia do Direito descritiva, a função do Direito, objetividade e valor, a imprecisão de conceitos e a natureza da inferência jurídica - os limites desta pesquisa estão circunscritos à temática da discricionariedade.

A influência de Hart e Dworkin no pensamento jurídico contemporâneo é inquestionável e o debate sobre a discricionariedade judicial ainda é pertinente, haja vista que não é fato incomum a vagueza explícita de normas que adotam conceitos abertos, os quais devem ser interpretados por juízes. Não bastasse isso, há também leis que, explicitamente, delegam ao magistrado a “escolha” por esta ou aquela conduta ou procedimento, podendo-se afirmar, assim, que há uma discutível discricionariedade judicial em conceitos legais.

A partir destas duas matrizes teóricas é possível fazer a interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental e, a depender da teoria abraçada pelo julgador, diferentes e relevantes consequências virão. Por outro lado, não se pode afirmar, até aqui, que qualquer das teses adversárias tenha sido erradicada pelo desuso no cotidiano forense. Desta forma, não se descuidando do texto constitucional, será problematizada a interpretação do artigo 5º da Lei 12.318/2010 segundo as referidas posições teóricas levantadas.

Assim, pergunta-se: estará ao alvedrio do juiz, a cada caso, agir discricionariamente quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de realização de uma ou de ambas as perícias? A depender da interpretação emprestada ao texto normativo especial, que perplexidades poderão vir à tona na aplicação da lei?

Na busca por respostas a estas questões latentes, a presente dissertação mostra-se relevante, pois tem como principal escopo contribuir, após uma revisão teórica do conceito de discricionariedade judicial, na discussão a respeito de que matriz interpretativa melhor se

justifica para a aplicação do artigo 5º da Lei da Alienação Parental, em consonância com o melhor interesse da criança e do adolescente e sua proteção integral.

Metodologicamente, a pesquisa está dividida em três capítulos. No primeiro capítulo a intenção é explorar o conceito de alienação parental, destacar a gravidade de sua prática como violadora de direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente de seu direito a convivência sadia com a família paterna e materna e, ainda, projetar a importância das perícias psicológica e biopsicossocial para a constatação da prática de atos de alienação parental.

No segundo capítulo objetiva-se revisitar a teoria da discricionariedade judicial, a partir do positivismo renovado de Hart, bem como da proposta interpretativista de Dworkin, para que se possa ter, ao final, um lastro teórico capaz de embasar o cabimento ou não de discricionariedade judicial na interpretação e aplicação do texto normativo do artigo 5º da Lei de Alienação Parental.

Já no capítulo derradeiro serão analisadas as matrizes interpretativas teóricas apresentadas para aferir qual delas melhor se adequa, em um regime democrático, como resposta à questão de indeterminação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, diante das perplexidades que surgem a partir de sua interpretação.

A abordagem proposta em todo o trabalho foi a utilização de uma metodologia predominantemente voltada para o levantamento bibliográfico a partir de uma abordagem histórico-evolutiva, dada a natureza teórica das discussões nele traçadas e, por consequência, qualitativo o método empregado.

## **1. ALIENAÇÃO PARENTAL**

O reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos merecedores de direitos especiais devidos a sua condição de pessoas em formação, é uma conquista recente, no Brasil e no mundo.

A desconsideração de sua situação particular, de pessoas em formação, levou à violação de seus mais comezinhos direitos, entre eles o direito fundamental à convivência sadia com sua família paterna e materna, especialmente diante dos desenlaces familiares, quando, de regra, um dos genitores passa a exercer, com maior preponderância, os poderes de guarda sob a prole.

Neste cenário de ruptura da conjugalidade, infelizmente, cada vez mais tem sido comum a prática de atos de alienação parental por genitores ou mesmo terceiros que exercem algum tipo de poder sobre as crianças e adolescentes e delas gozam de relativa confiança.

Em que pese a proteção à infância, em um sentido lato, poder ser entendida como um direito fundamental social tutelado pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988, somente no ano de 2010 o legislador ordinário brasileiro resolveu enfrentar o problema da alienação parental de frente.

Desta forma, a compreensão dos aspectos característicos, doutrinários e legais da alienação parental é fundamental para o alcance dos objetivos desta dissertação.

Por conseguinte, o presente capítulo tem por escopo, inicialmente, apresentar a evolução conceitual da Alienação Parental, a partir da Síndrome da Alienação Parental, expressão cunhada pelo médico psiquiatra norte-americano Richard Gardner. Pretende-se, ainda neste capítulo, mostrar o caminho percorrido pelas crianças e adolescentes brasileiros, da doutrina da situação de risco até a doutrina da proteção integral.

Serão destacados também: a defesa do direito à convivência familiar paterna e materna como direito fundamental da criança e do adolescente; a guarda compartilhada como uma primeira tentativa de garantir a máxima e saudável convivência entre pais e filhos após o fim da conjugalidade dos pais; a origem da Lei da Alienação Parental, o conceito legal para atos de alienação; as perícias psicológica e biopsicossocial como ferramentas para identificar a prática de atos de alienação e, finalmente, as perplexidades advindas da aparente discricionariedade judicial na interpretação do artigo 5º da Lei 12.318/2010.

### **1.1 Da evolução do conceito de alienação parental**

Até Richard Gardner e sua descrição da Síndrome da Alienação Parental (SAP), introduzida em 1985 d.C., centenas de milhares, quiçá de milhões de crianças e adolescentes

foram vítimas das mal sucedidas relações afetivas entre seus genitores ou guardiões em um caráter mais amplo, sem que houvesse qualquer tentativa científica de descrever e combater as consequências que se materializam na forma da alienação parental, seja preventivamente ou após a sua efetiva instauração. A literatura grega, de 431 a.C., já assinalava que atos de alienação parental eram praticados há milhares de anos<sup>1</sup>.

De fato, Richard Gardner, psiquiatra norte-americano, médico perito e professor da Clínica de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, foi o primeiro que, a partir da observação frequente de seus periciandos em processos judiciais, defendeu a necessidade de nomeação da situação de alienação parental como síndrome (GARDNER, 1985, p. 3-7).

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, chamado cônjuge alienador, molda a consciência de sua prole, por meio de várias maneiras e estratégias, com o escopo de impedir, minar ou destruir seus vínculos afetivos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que, de fato, existam condições justificadoras desse afastamento (TRINDADE, 2010, p. 24).

Segundo Barreto (2018, p. 653) a partir dos anos 1980, passou-se a perceber um aumento significativo da frequência de casos envolvendo a alienação parental, e isto vem sendo

---

<sup>1</sup>A lenda é narrada por Eurípides e, produzida sob o formato de peça, foi apresentada, pela primeira vez, em 431 a. C. . Esta tragédia grega versa sobre a vingança da estrangeira (Medeia) contra o marido (Jasão) que por sua sede de poder, e envergonhado pelo fato dela ser bárbara e inculta, a abandona para desposar a filha de um rei, quebrando assim os juramentos sagrados que fizera ao se unir a primeira esposa, abandonando-a, bem como a seus dois filhos, à própria sorte. Eis o resumo do mito:

Na tragédia narrada por Eurípides, Medeia é filha do rei Eetes de Cólquida e, apaixonada por Jasão, ajuda-o a conquistar o velo de ouro e o *status* que deseja. A condição apresentada a Jasão – para que ele pudesse ocupar o trono a que tinha direito por herança, em Iolco, na Tessália – era conquistar o velo. Ao chegar em Cólquida, onde guardava-se o velo, o rei Eetes impôs a Jasão o cumprimento de quatro provas para alcançar a posse daquele valioso objeto. Essas tarefas, impossíveis de serem vencidas, só puderam ser realizadas com a ajuda de Medeia e suas magias. Após a conquista do velo, Jasão e Medeia fugiram de Cólquida, levando como refém o irmão dela, a quem mataram, esquartejaram e lançaram ao mar para atrasar o rei Eetes, que os perseguia. O casal voltou para Iolco e descobriu que Pélias havia matado o pai de Jasão. Para se vingar, o casal usou os feitiços de Medeia e fez que as filhas de Pélias o matassem. Então, Jasão e Medeia fugiram para Corinto, onde reinava Creonte. Em Corinto, tiveram dois filhos: Feres e Mérmero. A paz cessou quando o rei Creonte quis casar sua filha com Jasão. Ele aceitou a noiva e repudiou Medeia. Creonte expulsou Medeia da cidade, por temer seus feitiços e desejos de vingança. Porém, antes de deixar a cidade, ela se vingou: matou Creonte e a filha, incendiou o palácio e assassinou os próprios filhos. Após a tragédia no palácio, Jasão foi à casa de Medeia procurar os filhos. Ao chegar, encontrou-os mortos pelas mãos da própria mãe. Medeia fugiu depois para Atenas, e num carro puxado por serpentes aladas, presente que lhe foi dado pelo avô, o deus Hélio, o Sol. (SARMET, 2016, p. 483).

Percebe-se, a partir do texto da tragédia grega, que Medeia usa os próprios filhos como instrumentos de sua vingança contra o marido, chegando a firmar, quando indagada pelo coro a respeito da promoção do filicídio, que nada morderia mais rijo o coração de Jasão. (Eurípides, 431 a.C./2007: p. 33).

atribuído, especialmente a dois fatores, a saber: primeiro, à efetiva mudança da relação pai e filho, onde o primeiro deixa de ser apenas a representação simbólica da inflexão da lei, do interdito civilizatório das pulsações do desejo, do provedor do lar, para tornar-se mais íntimo de sua prole, passando a expressar de forma mais concreta a afetividade pelos filhos; o pai, agora, faz mais questão de convivência com seus descendentes diretos. E segundo porque, com o reconhecimento social e jurídico da diversidade das entidades familiares e da simplicidade de dissolução do casamento, há, a partir da última quarta parte do século XX, um aumento dos conflitos judiciais que têm por objeto o desfazimento de matrimônios e uniões estáveis e, inevitavelmente, disputas acaloradas pela guarda dos filhos e propriedade de bens.

Richard Gardner, a partir de sua experiência, iniciou, então, uma verdadeira cruzada com o intuito de incluir a Síndrome da Alienação Parental no DSM-V<sup>2</sup> (The New North American Classification of Mental Disorders), por meio de artigos, textos e de uma carta que redigiu, conclamando médicos, psicólogos, pais e advogados a relatarem suas experiências para a coordenação do programa de DSM-V.

Apesar dos esforços de Gardner, a Síndrome da Alienação Parental ainda não consta da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e isto se credita às dificuldades para se chegar a um diagnóstico médico, devido ao escasso caráter psicopatológico e psiquiátrico da síndrome, o que tem feito que ela ainda não tenha sido incluída em qualquer classificação internacional de doenças (MONTEZUMA, 2013, p. 97).

Há ainda uma importante distinção a ser registrada. Embora muitas pessoas, juristas e mesmo tribunais utilizem a Síndrome de Alienação Parental (SAP) como sinônimo de Alienação Parental, o próprio Gardner, quem cunhou a primeira expressão, a partir da identificação precisa da patologia, faz uma significativa distinção entre elas, ao definir que a Síndrome é caracterizada pelo conjunto de sintomas que atinge a criança ou o adolescente programado para odiar o genitor não-guardião, ao passo que a alienação parental circunscreve-se ao ato de programar, implantar falsas memórias na pessoa do menor vulnerável.

Nas palavras de Oliveira (2015, p. 280):

A expressão síndrome, de indisfarçável coloração psiquiátrica, abrange não somente aqueles sinais caracterizadores da alienação, por práticas levadas a efeito por um dos genitores ou por outros cuidadores da criança ou do adolescente, mas igualmente, os sintomas de perturbação mental que atingem inexoravelmente o filho influenciado por aquela conduta, de modo a

---

<sup>2</sup> O Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5.<sup>a</sup> edição ou DSM-5 é um manual diagnóstico e estatístico feito pela Associação Americana de Psiquiatria para definir como é feito o diagnóstico de transtornos mentais.

comportar-se negativamente em relação ao outro genitor atingido pelas imputações do primeiro.

Ou seja, é importante destacar e repisar, em síntese, que síndrome de alienação parental e alienação parental não são sinônimos e, ainda, que a primeira expressão é de conotação psiquiátrica e, por não ser reconhecida, até então, como síndrome no sentido médico, e a isto somando-se o uso indiscriminado das expressões como se sinônimos fossem, por juristas e tribunais, a SAP vem paulatinamente sendo desacreditada, razão pela qual, ainda hoje, não está catalogada como doença no CID-10.

É defensável, portanto, dizer que a síndrome é o resultado ou o dano causado a partir da prática de atos de alienação parental, que não cessados em prazo exíguo acabam por se solidificar como uma patologia, uma enfermidade somática e comportamental.

Por conseguinte, a síndrome pode ser a consequência da alienação parental, quando esta atinge seu grau mais elevado. Entretanto, nem sempre haverá uma síndrome, muito embora possam estar presentes atos de alienação parental (PEREIRA, 2013A, p. 32).

## **1.2 O recente despertar da comunidade jurídica para o fato da criança e do adolescente serem sujeitos de direitos especiais**

Como dito na seção anterior, somente nos anos oitenta do século passado ocorreu o reconhecimento médico científico de que crianças e adolescentes eram, muitas das vezes, vítimas dos desarranjos amorosos de seus pais, passando a ser educados no ódio, em um amor tóxico, programados para o desprezar a sua própria ascendência (DIAS, 2013, p. 15) e isto tem uma explicação concorrente verdadeiramente vexatória: somente a partir do Século XX, passaram a ser enxergadas como sujeitos merecedores de especial proteção de direitos, por serem pessoas em especial condição de vulnerabilidade e que, portanto, deveriam ter a primazia na garantia de seus direitos mais básicos (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2012, p. 49).

De fato, as crianças e adolescentes, quando a sociedade era preponderantemente rural, constituíam mão-de-obra para as tarefas diárias na lavoura. No momento da Revolução Industrial, por sua vez, semelhantemente aos adultos, eram exploradas em jornadas de trabalho desumanas e sob condições insalubres, ou seja, muito tempo se passou para que as crianças e os adolescentes não mais fossem vistos apenas como mais um negócio ou força de trabalho até que viessem a ser reconhecidos como sujeitos de direito.

Com efeito, no âmbito internacional, os direitos da criança e do adolescente vieram a ser pensados a partir da Convenção de Genebra de 1924, passando pela Declaração Universal

dos Direitos Humanos de 1948, pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959, pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude de 1985 (Regras Mínimas de Beijing), tendo o seu ápice com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989<sup>3</sup>.

No Brasil, em que pese o vetusto Código Civil de 1916 ter previsto, em seu artigo 4º, que: “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, o fato é que as crianças e adolescentes tardiamente tiveram o reconhecimento de que são sujeitos de direito e, por consequência, detentores de direitos fundamentais, sendo a sua dignidade ignorada e violada por muito tempo.

Efetivamente, a condição de sujeito de direito - vocábulo aqui empregado como sendo aquele a quem a lei, em sentido amplo, atribui direitos e obrigações - somente foi alcançada pelas crianças e adolescentes pátrios a partir da mudança de paradigma da doutrina da situação irregular (viga mestra do Código de Menores - Lei 6.697/79) para a doutrina da proteção integral (expressa no artigo 227 da Constituição Federal de 1988).

O Código de Menores, ao cunhar a expressão “menor em situação irregular”, referia-se ao menor de dezoito anos de idade, que se encontra privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde, instrução obrigatória, por falta, omissão ou impossibilidade dos pais ou responsáveis; que fosse vítima de maus tratos ou castigos imoderados; que estivesse em perigo moral ou privado de representação ou assistência legal; bem como aquele que apresentasse desvio de conduta ou fosse autor de infração penal.

Nitidamente, portanto, não fazia diferença entre as diferentes derivações da situação de irregularidade, risco, podendo aquela vir de uma conduta pessoal do menor (no caso de infrações por ele praticadas), de fatos ocorridos na família (como maus-tratos) ou da própria sociedade. Assim, aos indistintamente rotulados como “menores em situação irregular”, aplicava-se o mesmo tratamento.

A doutrina da situação irregular, portanto, era muito mais uma ferramenta de controle social do que um instrumento de garantia dos direitos dos menores enquanto pessoas, sujeitos de direito, em condição especial de desenvolvimento. Não era, pois, uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos. A doutrina da situação irregular pré-definia situações e

---

<sup>3</sup> À guisa de exemplo, a Declaração de Genebra de 1924 já determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial. Semelhantemente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que instituiu direito a cuidados e assistência especiais; e, ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que em seu artigo 19 dispõe “Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da Sociedade e do Estado”.

atacava suas conseqüências, descuidando de suas causas. Caracterizou-se, portanto, por agir sobre o menor, como objeto de proteção, mas não como sujeito de direitos (SOUZA, 2017, p. 61).

Esta visão das crianças e dos adolescentes como objetos de direito, e não sujeitos, fica ainda mais clara ao se constatar os poderes despóticos conferidos ao juiz de menores. Nas palavras de Azambuja (2004, p. 44), ao falar sobre o Código de Menores:

Na sua vigência, não estava o Juiz de Menores incumbido de fundamentar as decisões, detendo poderes praticamente ilimitados, uma vez que não se sujeitava a critérios objetivos e podia, por exemplo, decidir a internação de uma criança ou adolescente, por tempo indeterminado, pelo fato de estar perambulando na rua.

Como um giro Copérnico, e ainda sob a influência dos movimentos europeus pós-guerra, e da necessidade de reafirmar certos valores que foram mitigados e por vezes ceifados da população brasileira durante a ditadura militar, a doutrina da proteção integral, expressa no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu uma série de direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes, entre os quais os direitos à convivência familiar, a saúde psíquica e o respeito.

Também derivam da doutrina da proteção integral os princípios básicos de proteção dos menores, como o da paternidade responsável, que tem como núcleo o planejamento familiar e o dever de cuidado dos pais para com os filhos; os princípios da absoluta prioridade e do melhor interesse do menor, os quais visam sobrepor a defesa dos interesses dos menores em relação aos interesses dos demais, com o intuito precípua de proteger, de forma prioritária, a pessoa daquele que está em condição peculiar de desenvolvimento.

Assim, no campo jurídico, houve a superação de um sistema normativo que alçou o patrimônio do indivíduo como a sua máxima, para um novo sistema de proteção, cujo valor primeiro a ser resguardado é o da dignidade da pessoa humana, estando a criança e o adolescente inseridos neste contexto como sujeitos de direito. Houve, portanto, a superação do modelo individualista-patrimonial para o coletivo/social.

Enfim, pode-se afirmar que crianças e adolescentes estiveram até muito recentemente absolutamente negligenciados em seus direitos mais básicos. A Constituição Cidadã de 1988 tentou resgatar esta dívida normativa histórica e, diante do novo pacto social brasileiro, com muita clareza, dedicou-se aos menores ao empregar a “absoluta prioridade” em relação aos

bens mais caros ao ser humano, quais sejam: a vida, a saúde e a liberdade; como sendo seu direito prioritário<sup>4</sup>.

Assim, a proteção à infância, pois, em sentido amplo, tornou-se um direito social tutelado pelo artigo 6º da Constituição Federal<sup>5</sup>, assim como o artigo 227 da mesma Carta Política prescreve outros direitos mais específicos, assegurando às crianças e aos adolescentes o status de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, conferindo-lhes a titularidade de direitos fundamentais e determinando, inclusive, que o Estado as promova por meio de políticas públicas (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2012, p. 73-74).

### **1.3 O direito a convivência com a família materna e paterna como direito fundamental da criança e do adolescente**

Superada a fase constrangedora em que crianças e adolescentes eram mais objetos do que sujeitos de direitos, foram estas erigidas à condição de pessoas em condição peculiar de formação e desenvolvimento e, por isso, merecedoras de particular atenção aos seus direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, reconheceu àquelas uma série de direitos fundamentais a serem efetivados com absoluta prioridade ao mesmo tempo em que estabeleceu a família, a sociedade e o Estado como devedores concomitantes destes direitos.

Em correspondência unívoca a este propósito de efetiva e especial proteção dos direitos da criança e do adolescente, o legislador infraconstitucional trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei 8.069/90, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, um verdadeiro microssistema de normas e princípios com fito de regulamentar e dar efetividade à norma constitucional.

O Estatuto em seu artigo 4º assevera:

Artigo 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 a convivência familiar e comunitária.

---

<sup>4</sup> CF-88, artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>5</sup> Artigo 6º da CF-88: **São direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e **à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifei)

Da leitura do artigo supra transcrito cumulado com o artigo 227 da Constituição Federal resta claro que vige, no Brasil, a doutrina da proteção integral, que tem dois grandes pilares: i) as crianças e adolescentes são reconhecidas como sujeitos em peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e por isso titulares de proteção integral; ii) crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar.

Não se pode perder de vista, ainda, que a convivência familiar, além de ser um direito fundamental, é uma necessidade vital para a criança e o adolescente, afinal é na família que estes estabelecem suas primeiras relações de afeto, o que lhes é imprescindível para um desenvolvimento sadio como seres humanos em processo de formação.

É pela convivência familiar, também, que a criança, além de desenvolver seus primeiros laços afetivos, desenvolve-se e cria suas raízes e história. É em uma família que inicia sua vida, é nela que crianças e adolescentes encontrarão pessoas que irão dirigir-lhes a criação, educação, defenderão seus direitos, entre muitas outras funções.

A convivência familiar é, portanto, o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto àqueles que lhe são ascendentes, em um ambiente de afeto e cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital, quando a pessoa se encontra em formação, ou seja, criança ou adolescente. É no espaço familiar que a criança e o adolescente constroem o seu ciclo de socialização, aprendem a resolver seus problemas, apreendem valores e enfrentam as primeiras dificuldades da vida. Esta convivência, portanto, é sinônimo de segurança e estabilidade, logo, em contrapartida, seu afastamento representa grave violação de seu direito fundamental (AMIN, 2010, p. 75-76).

Por outro lado é forçoso admitir que, especialmente a partir da Lei do Divórcio, que data de 1977, e da Emenda Constitucional nº 66, que pôs fim à exigência de separação judicial ou decurso de dois anos de uma separação de fato para que ocorra o divórcio – este último, juntamente com a morte, como sendo os fatos jurídicos capazes de dissolverem um casamento válido -, é cada vez mais comum filhos que não são criados debaixo do mesmo teto de seus genitores, os quais, reconhecendo o insucesso da conjugalidade, não mais permanecem acorrentados por um matrimônio falido, ao qual, até pouco tempo, a lei conferia o status de indissolubilidade.

Também não é possível se esquecer que outras formas de entidade familiar, que não oriundas do casamento, igualmente dignas, como a união estável, que são dissolvidas diuturnamente, sem maiores formalidades e, por corolário, pais e filhos acabam por não mais coabitar em um único endereço.

Segundo Barreto (2018, p. 653), na sociedade contemporânea, há constantes mudanças ou mesmo mutações no que tange à composição familiar, com o conseqüente aumento do número de separações e divórcios, não sendo incomum ou indigno o nascimento ou crescimento de crianças fora do casamento, da união estável, entre outras formas de convivência, o que, indubitavelmente, reflete na formação dos indivíduos.

Em outras palavras, a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao garantir àqueles o direito fundamental à convivência familiar, não se restringiu à família em seu núcleo mínimo (pai, mãe e irmãos) e muito menos à família específica da mãe ou do pai, mas sim abrangendo as diversas formações familiares. Logo, onde a lei não faz restrição, não cabe ao intérprete fazê-lo, até porque uma interpretação que alijasse, gratuitamente, a pessoa em especial condição de formação de quaisquer de sua família, paterna ou materna, seria tão absurda quanto insustentável.

Por outro lado, como já frisado, o desfazimento de relações de conjugalidade é cada vez mais comum, cabendo, portanto, ao legislador garantir a convivência ampla e saudável da prole para com os seus genitores e parentela.

#### **1.4 Guarda compartilhada: a necessária distinção entre a conjugalidade e a parentalidade para garantir a convivência saudável entre pais e filhos**

Como já firmado neste texto, por muito tempo, especialmente no Brasil, crianças e adolescentes eram tratados mais como objetos de direito, sujeitos às vontades dos seus genitores, detentores do vetusto pátrio poder – hoje, poder familiar – e somente por ricochete, como sujeitos de direitos.

A tendência adulto-centrista marcava as disposições da legislação civil, como se percebe pela redação do artigo 326 do Código Civil de 1916<sup>6</sup>, um excelente exemplo desta assertiva. Ali resta claro que o legislador, muito mais preocupado com qual cônjuge seria o “culpado” pelo fim do matrimônio, ou seja, o descumpridor dos deveres conjugais, na maioria das vezes o da fidelidade, acaba por esquecer o melhor interesse da prole, mantendo-a sob a guarda daquele que não foi “responsável” pelo insucesso do casamento.

Assim, o texto normativo confundia a conjugalidade com a parentalidade, deixando de ponderar que, em sendo essas relações absolutamente diferentes, alguém poderia ser, por

---

<sup>6</sup> Artigo 326 Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação dada pela Lei nº 4.121/62).

exemplo, um péssimo marido e concomitantemente um excelente pai, ao passo que a esposa poderia ser totalmente devotada ao marido e negligente para com os próprios filhos.

Pela lógica legal, portanto, os filhos eram tratados como “prêmio” e, portanto, objetos, que caberiam ao cônjuge “inocente”, ou seja, àquele que, supostamente, não deu causa ao fim da relação, pouco importando se este era, de fato, o que melhor desenvolvia o papel de guardião dos mais diversos direitos (imateriais e materiais) e interesses da prole.

A partir dos anos 1980, a efetiva mudança do papel social de pai, que evoluiu da representação simbólica da inflexão da lei, do interdito civilizatório das pulsações do desejo e de provedor do lar, para uma íntima relação de afeto e de cuidado para além das necessidades materiais da prole, exigiu um repensar da regulamentação do direito à guarda e convivência com os filhos, quando dos desenlaces das relações conjugais.

De fato, o arranjo majoritário de guarda unilateral na pessoa da mãe, geralmente “vítima” de um marido infiel, privava este do convívio mínimo com seus filhos, subtraindo-o do exercício pleno do poder-dever familiar (antigo pátrio poder) e acabava, muitas das vezes, por aliená-lo da vida da prole.

Em várias partes do mundo, inclusive no Brasil, associações de pais separados<sup>7</sup> passaram a encampar as ideias de Richard Gardner, apresentando-se como aliados do convívio e do afeto de seus filhos por atos de alienação praticados pelo cônjuge-guardião e isto serviu como elemento catalizador para um repensar sobre direitos e deveres de pais separados, trazendo com isso à baila o debate sobre a guarda compartilhada como forma de preservar a convivência familiar depois do rompimento da relação conjugal.

A partir desta nova ótica, passou a ser crível e defensável que a convivência simultânea e harmoniosa com ambos os pais, na esmagadora maioria das vezes, protege e realiza o melhor interesse da criança e do adolescente, incutindo nestes o real sentimento de união e solidariedade familiar, tão indispensáveis à sua formação enquanto seres humanos, independentemente de estar a família residindo sob o mesmo teto. Afinal, somente se ensina um indivíduo a amar, proteger e cuidar, amando-o, protegendo-o e dele cuidando.

Assim, com base nesses novos valores evolutivos do papel social do pai e da condição de sujeitos de direitos das crianças e dos adolescentes, foi que, no cenário brasileiro, em 2008, houve a promulgação da Lei nº 11.698, também conhecida como Lei da Guarda Compartilhada, que alterando os arts. 1583 e 1584 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002). Assim, se

---

<sup>7</sup> São exemplos dessas associações a FACT (Fathers are capable too) e a APASE (Associação de Pais e Mães Separados), ambas como sítios na internet, respectivamente: <http://www.fact.on.ca> e <http://www.apase.org.br>.

instituiu a guarda compartilhada, que passou a ser modalidade preferencial de guarda dos filhos quando da dissolução da união dos pais, conforme se depreende da redação do §2º do artigo 1.584, após a alteração legislativa: “quando não houver acordo entre mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

A novel legislação, entretanto, não surtiu, prontamente, o efeito esperado, principalmente porque os pais creditavam à nova modalidade de guarda um conteúdo que não lhe pertencia, confundindo-a com a guarda alternada. Esta última, com efeito, confere, de maneira exclusiva, a cada genitor, a guarda do menor durante o período que lhe compete, dividindo-se, assim, o tempo da criança entre os pais. Na guarda compartilhada, por outro lado, ambos os genitores compartilham a rotina e o cotidiano dos filhos, permanentemente (PEREIRA, 2013A, p. 100).

Em outras palavras, na guarda compartilhada, o menor continua tendo uma residência fixa (em regra, com um dos genitores), única, e não alternada, onde desenvolve suas atividades habituais (geralmente próxima de seu colégio, amigos), pois aquele necessita contar com a solidez, a estabilidade de um lar, um ponto de referência, o recôndito de seu aconchego, de suas reflexões, o seu porto seguro, onde possa dar continuidade a seu crescimento, especialmente emocional, intelectual e social, e assim possa, de forma sadia, fincar suas raízes físicas e sociais e desenvolver sua aprendizagem da vida. Afinal, com a separação dos pais, as rupturas abruptas que incidirão sobre a conjugalidade não devem avançar irresponsavelmente sobre a vida dos filhos, ou seja, os pais devem manter o maior número possível das condições de vida da prole, após a ruptura da vida do casal.

Por conseguinte, quando conscientes destas particularidades da guarda compartilhada, pai e mãe acabavam por voltar todas as suas energias pela busca de uma guarda unilateral, pois se não poderiam dividir o tempo da criança, em perfeita meaço, como se um bem fossem os rebentos, assim seria melhor garantir-lhes a posse exclusiva, ambos se declarando e disputando ser a melhor opção para os filhos, quando, em muitas das vezes, estavam apenas querendo sair vitoriosos na “partilha” dos “despojos” da união.

Em segundo ponto, os magistrados, diante do desacordo dos pais, passaram a interpretar o referido §2º do artigo 1.584 às avessas, ou seja, sempre que havia desacordo entre os genitores, optavam pela guarda unilateral, sob o argumento de que, na discordância, era impossível obrigar-lhes uma convivência mais próxima, que concomitantemente atendessem aos interesses do menor. Por conseguinte, na maioria das vezes, a mãe acabava por exercer a guarda exclusiva, diante do paradigma pretérito em que o pai era uma figura muito menos importante

para a vida do filho, sendo suficiente o papel de provedor de suas necessidades materiais, pelo pagamento de pensão alimentícia<sup>8</sup>. Nas palavras de Madaleno (2011, p. 431):

Embora a Lei n. 11.698/2008 viabilize a concessão judicial da guarda conjunta, em realidade, no sistema jurídico brasileiro ela não é modalidade aberta ao processo litigioso para disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para sua implantação um ambiente de total compreensão, colaboração e coesão dos pais, razão pela qual dispõe o §4º do artigo 1.584 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei 11.698/2008, que qualquer desvio ou descumprimento não autorizado ou imotivado de cláusula de guarda compartilhada poderá implicar a redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. Isso porque a guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não de interesses egoístas dos pais.

Bem se vê que doutrina e jurisprudência alinhavam-se no sentido de possibilidade de guarda compartilhada apenas quando houvesse um consenso entre pai e mãe, o que de fato acabava por esvaziar a força e o propósito inicial da guarda compartilhada, ou seja, garantir a permanência ou a inclusão de ambos os pais na vida dos filhos.

No que tange a impossibilidade da guarda compartilhada quando do desacordo dos genitores, ocorreu uma reviravolta na jurisprudência dos tribunais pátrios a partir de decisão no Resp. nº 1.251.000 – MG (2011/0084897-5), pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em cujo excerto do voto vencedor tem-se que:

O consenso, como pré-requisito para a implementação da guarda compartilhada, é um dos elementos que se encontram em zona gris, pois o desejável é que ambos os genitores se empenhem na consecução dessa nova forma de se ver as relações entre pais e filhos, pós-separação.

---

<sup>8</sup> Neste sentido o aresto do TJRS (0914881) AÇÃO DE DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA GUARDA MATERNA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FILHA MENOR. PEDIDO DE REDUÇÃO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. **3. Para que a guarda compartilhada seja proveitosa para a infante, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.** 4. É necessário que apótem mais elementos de convicção aos autos, para que oportunamente possa se encontrar a solução que melhor atenda os interesses da criança, que poderá ser, inclusive, a guarda compartilhada. 5. A obrigação de prover o sustento da prole comum é de ambos os genitores, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade e, enquanto o guardião presta alimento in natura, o outro deve prestar o sustento in pecúnia, através de uma pensão alimentícia. 6. Os alimentos devem ser estabelecidos de forma a atender as necessidades da filha, mas dentro da capacidade econômica do alimentante. 7. Cuidando-se da fixação de alimentos provisórios, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recurso provido, em parte. (Agravo de Instrumento nº 70075106823, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. j. 12.12.2017, DJe 14.12.2017). (Grifei)

Esse esforço é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois necessitam, os ex-cônjuges, tratarem desde as linhas mestras da educação e cuidado dos filhos comuns até pequenos problemas do cotidiano da prole.

Contudo, a separação ou o divórcio usualmente coincidem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, fatores que, por óbvio, conspiram para apagar qualquer rastro de consensualidade entre o casal.

Com base nessa, aparente, incongruência, muitos autores e mesmo algumas decisões judiciais alçam o consenso à condição de pressuposto *sine qua non* para a guarda compartilhada.

No entanto, esse posicionamento merece avaliação ponderada. Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor – princípio que norteia as relações envolvendo os filhos – nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra.

**Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra.**

**A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses.**

Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor. Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções – porque novo o problema –, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, in casu, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.

[...]

**Como dito anteriormente, o influxo em uma linha de pensamento importa na adoção de novo paradigma e esse, na hipótese sob discussão, é desvelado quando se conjuga um projeto interdisciplinar de construção dos novos papéis parentais com os comandos legais aplicáveis à espécie. Com a ação interdisciplinar, prevista no artigo 1.584, § 3º, do CC-02, não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada. (Grifos nossos).**

A toda evidência, tem-se aqui um relevante precedente persuasivo, isto porque, embora não traga consigo um efeito vinculante, constitui um norte magnético decisional, apontando para uma solução mais racional, socialmente adequada e em conformidade com o texto normativo.

Nas Varas de Família, é frequente e perceptível que o genitor que detém a guarda unilateral acaba por dificultar, de diferentes modos, o contato entre o genitor não guardião e o filho. Segundo Farias e Rosendal (2016, p. 693), “[...] percebe-se às escâncaras: a guarda unilateral acirra o litígio, quando um dos pais tem cerceado o convívio cotidiano com o filho”.

Enfim, a visão míope, de uma regulamentação padrão, na modalidade de guarda unilateral ou de uma guarda compartilhada somente em caso de consenso, acabou por ser rechaçada pela novel Lei nº 13.058, publicada em 22 de dezembro de 2014, que, alterando o §2º do artigo 1584 do Código Civil, estatuiu o seguinte:

Quando não houver acordo entre a mãe e pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Em suma, a solução tradicional de guarda unilateral a um dos genitores e visitas do outro, vem lentamente arrefecendo. Quanto mais se reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e quando se confere aos seus interesses à primazia absoluta, garantida pela Constituição cidadã, percebe-se que eles possuem o direito fundamental ao convívio com a família materna e paterna, e, por conseguinte, a guarda compartilhada é a que mais se aproxima deste ideal.

Em última análise, condicionar a guarda compartilhada ao acordo, como ainda defendem alguns doutrinadores, membros do *parquet* e magistrados é, no mínimo, uma atitude temerária, que estimula o conflito e permite que aquele que detém a guarda de fato se sinta investido de uma verdadeira potestade, de uma primazia inexistente, pois o poder familiar não está dividido em quotas, onde um dos genitores possa ser o sócio majoritário. Conforme Calçada (2014, p. 132):

Em casos de litígio, a guarda unilateral é armamento pesado na mão daquele que a tem. A sensação de posse é nítida. Quando um dos dois resolve sair do casamento, casar-se de novo, não dividir os bens da forma desejada ou não pensionar alimentos da forma esperada, o filho pode virar moeda de troca. De forma consciente ou não.

Repisa-se: as questões associadas à guarda unilateral e convivência entre genitores e prole são de elevado grau de complexidade e geram experiências dolorosas para os filhos, pois estes, ao perderem, mesmo que temporariamente, o convívio e a possibilidade de serem diuturnamente acompanhados por ambos os pais, acabam por sofrer perdas e sequelas ao seu psiquismo, muitas das vezes de forma irreversível (DUARTE, 2016, p. 45).

Não se pode olvidar, portanto, que a guarda unilateral tem sido observada como catalisadora de conflitos em clarividente confronto com os interesses das crianças e adolescentes. Segundo Duarte (2006, p. 196), a partir de estudos de processos de separação, onde se teve a guarda unilateral fixada:

Nas disputas judiciais dos pais em relação à guarda dos filhos, a clínica mostra que as crianças nem sempre são respeitadas, sendo colocadas em posições de objeto de vingança e disputa, como por exemplo, “moeda de troca, nota promissória”. Em alguns casos, os filhos participam da relação entre seus pais representando para eles um “bem” patrimonial valioso, que pode ser “extorquido, vendido ou comprado” do ex-parceiro, principalmente, quando impera um discurso capitalista em certos núcleos familiares. Nessas situações, procura-se obter ganhos significativos com a posse da guarda da criança, quando, por exemplo, o guardião consegue obter elevados valores de pensão alimentícia do genitor não guardião, embora este procure contestá-los. Os sujeitos crianças sofrem vendo os pais separados, revelando muitas vezes o desejo de vê-los unidos novamente.

E ainda escreve que:

Ao longo de anos de experiência como psicanalista, foi possível constatar, por meio dos atendimentos de crianças, adolescentes e seus pais, que nos litígios familiares e judiciais, a instituição da guarda unilateral tende a trazer angústia e prejuízos emocionais para aqueles, quando o genitor “guardião”, geralmente a mãe, embora às vezes também possa ser o pai, dificulta ou proíbe os filhos de conviverem com o “não guardião”, além de humilharem e desqualificarem sua fala e seu discurso, configurando situações que foram nomeados de “alienação parental”. (DUARTE, 2016, p. 46)

Por conseguinte, como meio imprescindível para atender o melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada deverá ser a regra e a guarda unilateral apenas aplicada em caráter excepcionalíssimo. Afinal, a guarda compartilhada visa, entre outras coisas, minimizar o impacto que o fim da conjugalidade exerce sobre os filhos, possibilitando que os genitores permaneçam envolvidos na criação da prole.

Desta forma, não se subtrai dos pais o seu papel social familiar e, em outro sentido, não se faz filhos órfãos de pais vivos e, por conseguinte, no que se refere à parentalidade, a família persiste, agora modificada, alquebrada, mas não destruída, protegendo-se, assim, o interesse de crianças e adolescentes, pessoas em formação e, por isso, mais vulneráveis aos efeitos da separação.

Em resumo, a guarda unilateral somente deverá ocorrer, portanto, em duas situações residuais: encontrando-se um dos genitores sem aptidão para o exercício do poder familiar, o que, necessariamente, deve ser reconhecido em ação própria, de perda ou suspensão do poder

familiar; ou nas hipóteses em que um dos genitores, espontaneamente, declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho (ROSA, 2016, p. 354-355).

Restou demonstrado, por conseguinte, que, apesar do avanço com a publicação da primeira versão da Lei da Guarda Compartilhada, a integral proteção das crianças e adolescentes, quanto ao seu direito fundamental de convívio sadio com as famílias materna e paterna, ainda não estava satisfatoriamente protegida. E isto porque, muitas das vezes, um ou ambos os genitores acabavam por usar os próprios filhos como forma de punir o outro, promovendo assim verdadeira campanha difamatória, odiosa, no sentido de garantir-lhe, exclusivamente, a convivência e o afeto dos filhos, alijando o outro genitor de suas vidas.

De fato, a guarda compartilhada surgiu como um dos mecanismos de prevenção ao desenvolvimento de processos que desestruturam o psiquismo da criança envolvida em separações, mas por não ser o único é também insuficiente.

À guisa de fielmente se fazer o registro da evolução legislativa pátria, faz-se mister consignar aqui que, no ano de 2014, por meio da Lei nº 13.058, nova redação foi dada ao §2º do artigo 1.584 do Código Civil brasileiro, finalizando a discussão sobre a modalidade de guarda prevalente nos casos de desacordo entre os genitores, restando, dali para frente consignado que:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2002).

Neste ínterim, entre as leis que modificaram o artigo 1584 do Código Civil brasileiro, e na esteira de minimizar o sofrimento de pais e filhos separados a partir do desenlace de relações conjugais, ainda no ano de 2008 houve uma grande mobilização da opinião pública, que culminou com a elaboração do Projeto de Lei nº 4053/08, cujo desiderato era identificar e punir os genitores responsáveis pela alienação parental dos filhos. Estava assim lançado o gene do que, cerca de dois anos depois, tornou-se na Lei 12.318/10, também conhecida como Lei da Alienação Parental. Esta lei será objeto específico da próxima seção.

## **1.6 Da necessidade e origem da lei de alienação parental**

Como já lançado neste texto, o pai ou a mãe, com vocação de alienador, vale-se do filho para instalar sentimentos de ódio e repúdio ao outro genitor, muitas das vezes, induzindo a criança ou adolescente a crer na ocorrência de certas situações graves, como, por exemplo, o abandono afetivo, a prática de agressões ou até abusos sexuais, quando, de fato, nada disto

ocorreu, razão pela qual, por vezes, a alienação parental também é chamada de implantação de falsas memórias (OLIVEIRA, 2015, p. 278). Nas palavras de Dias (2009, p. 418):

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo genitor alienador no filho, de modo a denegrir a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Verifica-se, portanto, que os desenlaces conjugais mal resolvidos psicicamente são cenários propícios à instauração de condutas alienadoras, gerando em um dos ex-companheiros sentimentos como rejeição, desamparo, ciúmes, que se transformam em tendência vingativa, desencadeando um processo de destruição e desmoralização do outro genitor a ponto de aliená-lo da vida do filho.

Nesse jogo de manipulações, a violação de normas constitucionais pelo alienador é latente, como, por exemplo, as infrações ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227 da CF), ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), além de violar direitos fundamentais da pessoa em formação, entre eles o direito a sua saúde e, especialmente, o direito à convivência familiar sadia.

Com já foi apresentado nesta dissertação, apesar dos esforços de Richard Gardner, a Síndrome de Alienação Parental ainda não foi reconhecida como patologia e, por conseguinte, não se encontra no Catálogo Internacional de Doenças (CID-10). Por outro lado é importante frisar que, embora muitas vezes sejam tratadas como sinônimos a Síndrome de Alienação Parental (SAP) e Alienação Parental, o próprio Gardner, pioneiro na identificação da patologia, faz diferença entre uma e outra, ao dizer que a SAP é caracterizada pelo conjunto de sintomas que atinge a criança ou o adolescente programado para odiar seu genitor, ao passo que a Alienação Parental circunscreve-se ao próprio ato de programação ou implantação de falsas memórias (GARDNER, 1985).

Pode-se assim afirmar que a síndrome é a consequência dos atos de alienação parental, quando estes atingem um grau mais elevado e, então, o alienado passa a apresentar os sintomas da patologia.

Diante da constatação de que direitos fundamentais de crianças e adolescentes eram reiteradamente violados, e na ausência de um texto normativo específico para prevenir e punir esta prática odiosa, cumpria e urgia, portanto, o enfrentamento eficaz destas práticas, o que impulsionou o legislador pátrio à edição da Lei 12.318/2010.

O legislador brasileiro, por conseguinte, cômico desta distinção e polêmica, procurou inibir os atos de alienação parental (e não de eventual síndrome). Assim, tentou impedir, tempestivamente, as causas e enfrentar seus efeitos. Neste afã, esmerou-se em considerar por alienação parental, sob o aspecto jurídico, como uma interferência abusiva na formação psíquica da criança ou do adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este (PEREZ, 2013, p. 44-45).

É importante, para este estudo, destacar que a Lei de Alienação Parental nasceu a partir do Projeto de Lei nº 4.058/2008. E mais, que este projeto, por sua vez, teve como seu idealizador um pai alienado, Elízio Luiz Perez, juiz do trabalho no Estado de São Paulo, que, a partir de sua experiência própria, percebeu que o Estado, embora intervisse na vida privada, como no casamento, divórcio, entre outros atos entre particulares, permanecia omissos frente às condutas reprováveis e alienantes que por vezes vitimavam crianças e adolescentes, sendo, de regra, um de seus genitores o violador de seus direitos fundamentais. Mais uma vez, resta evidente, que os direitos das crianças e dos adolescentes não recebiam o destaque que sua condição de pessoa em desenvolvimento exigia.

Assim, na ausência de um norte legislativo, faltava ao ordenamento jurídico brasileiro um instrumento capaz de identificar atos de alienação parental. E mais: inexistia, por conseguinte, uma norma que promovesse medidas de proteção às crianças e aos adolescentes, bem como que responsabilizasse e punisse os violadores dos seus direitos fundamentais. O próprio Perez (2009, p. 3-5) fez questão de vincar que sua proposta tinha “[...] um forte caráter preventivo, no sentido de fortalecer a atuação do Estado contra essa modalidade de exercício abusivo da autoridade parental”.

A aprovação da lei sobre alienação parental se deu em um contexto de demanda social por maior equilíbrio na participação de pais e mães na convivência com seus filhos, especialmente após a ruptura da conjugalidade entre os genitores.

Por conseguinte, na esteira da lei que estabeleceu a guarda compartilhada como o modelo legal e preferencial de guarda para a melhor garantir os direitos das crianças e adolescentes, o Projeto de Lei nº 4058/08 foi encampado pelo deputado Régis de Oliveira. Após, sendo aprovado na Câmara Federal, foi enviado para o Senado da República, onde tramitou como Projeto nº 20/2010, sendo aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e

Cidadania no dia 7 de julho de 2010, vindo ao ordenamento jurídico brasileiro finalmente como Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, também conhecido como Lei da Alienação parental.

Este texto normativo, conforme antecipado, veio à lume para proteger os interesses dos menores de dezoito anos do exercício de uma paternidade, maternidade ou qualquer outra relação de poder e influência tóxica, que, sem qualquer justificativa, põe filhos contra mãe, pai, e suas respectivas famílias extensas.

### **1.7 A topografia da lei de alienação parental**

Neste tópico não se pretende dissecar, um a um, os artigos da Lei de Alienação Parental, mas destacar os conteúdos de alguns deles, que nos remetem ao problema de pesquisa desta dissertação.

A fim de que sejam garantidos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente o direito de ter o amor e o cuidado de sua família materna e paterna, é necessário que se garanta um ambiente propício à relação afetiva entre pais e filhos, ainda que a relação entre seus genitores – a conjugalidade – já não mais subsista ou mesmo sequer tenha se constituído.<sup>9</sup>

Com pesar, verifica-se que, com relevante frequência, a dissolução da família ou sua não formação consoante o modelo esperado, idealizado, acaba por criar um clima de animosidade recíproca ou unilateral entre os genitores, capaz de transcender a relação do ex-casal e desembocar em sentimentos de ódio e inimizade que contaminam, de maneira tóxica, a relação entre pais e filhos.

Nestas condições de beligerância, não é incomum que um dos genitores implante na memória do filho falsas ideias e/ou memórias em relação ao outro, buscando assim extirpá-lo da vida do infante como forma de punição ou vingança daquele que é, na sua percepção, o responsável pelo insucesso do projeto de uma família.

Importante, também, é compreender que não apenas pais podem ser alienadores, afinal a busca por afastar do convívio o alienado do vitimado pode se dar em outros graus de parentesco, como avós, tios ou até mesmo por pessoa que não tenha qualquer parentesco, seja por consanguinidade ou afinidade. De fato, o que potencializa a prática de atos de alienação é o exercício de poder do alienante sobre o menor, ou seja, qualquer pessoa que tenha a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância pode ser o alienador.

---

<sup>9</sup> É necessário destacar que mesmo diante de uma gravidez indesejada, fruto de uma relação eventual e descompromissada, que não teve o objetivo de constituir uma família, não se pode negar à prole, ou mesmo ao genitor que não detém a sua guarda, o direito de manterem sua relação de parentalidade.

Atento a estas particularidades o legislador brasileiro, artífice final da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, também conhecida como Lei da Alienação Parental, cuidou para, na redação do artigo 2º, no *caput* do texto normativo, definir juridicamente a alienação parental para, ainda no parágrafo único do mesmo artigo, numerar, não-taxativamente, o que são condutas omissivas ou comissivas consideradas como atos de alienação parental.<sup>10</sup>

Ao assim fazer, o legislador não só afastou, de plano, a interpretação de que a alienação parental não existiria sob o aspecto jurídico-normativo (o que em tese, ao menos em uma interpretação mais literal, afastaria a responsabilização daqueles que praticassem atos de alienação), como também expandiu o rol de alienadores para uma possível responsabilização civil<sup>11</sup>, ao passo que transcendeu às pessoas dos genitores e parentes, alcançando inclusive terceiros, que eventualmente possam ser a transmissores da vontade dos genitores e que procurem mascarar a prática alienadora ou, mesmo ao seu arrepio, valendo-se de condições especiais de acesso e poder sobre os infantes, possuindo predileção por um dos pais, intente privilegiá-lo, mediante a programação do menor alienado.

Pode-se afirmar, que no artigo 2º da Lei 12.318/10 restaram definidos: o que vem a ser a alienação parental e quais são, exemplificativamente, os atos de alienação parental.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Artigo 2º, Lei 12.318/10: 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 a manutenção de vínculos com este.

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 da criança ou do 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 o 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 do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

<sup>11</sup> É oportuno destacar que está em análise na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4488/16, que criminaliza atos de alienação parental, com previsão de penas de detenção de três meses a três anos.

<sup>12</sup> Artigo 2º, Lei. 12.318/2010: 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 o 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 com este.

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 paternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III- dificultar o contato de criança ou adolescente com genitor;

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

A partir da referida Lei, substantivou-se estes atos como alienação parental, ao passo que, concomitantemente, tornou-se possível a conscientização de forma abstrata, especialmente com a divulgação do conteúdo do texto normativo, não apenas em obras jurídicas, mas em veículos de mídia de massa. Como se pode ver a lei brasileira passou a tutelar e inibir atos de alienação parental, e não se propôs a fazê-lo na hipótese de distúrbio ou síndrome, superando assim a controvérsia que ainda paira sobre a proposta de Gardner.

O artigo 3º da Lei de Alienação parental<sup>13</sup>, por sua vez, esclareceu que a prática de atos de alienação parental fere direitos fundamentais da criança e do adolescente, constituindo abuso moral contra o alienado. Já no artigo 6º, *caput*, do mesmo texto legal<sup>14</sup>, o legislador também deixou clarividente que, sem prejuízo das sanções previstas nesta lei especial, poderá o alienador, ainda, ser responsabilizado civil e criminalmente pelos atos de alienação.

Finalmente, em seu artigo 5º, a lei preceitua que, diante de indícios da prática de alienação parental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. E, devido à importância desta prova pericial nos casos de alienação parental, será dedicado a ela o próximo item.

### **1.8 A perícia psicológica ou biopsicossocial como elemento essencial para o convencimento do magistrado na aferição da existência da alienação parental**

Como narrado até aqui, atos de alienação parental vêm sendo praticados há milhares de anos, mas somente a partir de observações clínicas psiquiátricas feitas por um perito judicial, principalmente nos idos dos anos oitenta do século XX, quando a temática foi levada efetivamente a sério, não apenas pela comunidade médica, mas especialmente pelas comunidades legislativa e jurídica.

Afinal, condutas que geram consequências tão graves e, por vezes, irreversíveis em crianças e adolescentes, sujeitos de direitos a quem se prometeu proteção absoluta e prioritária,

---

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 do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

<sup>13</sup> Artigo 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 o 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.

<sup>14</sup> Artigo 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer outra conduta que dificulte a convivência da criança ou do 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 (...)

necessitavam de uma proibição normativa capaz de responsabilizar e punir seus autores e, principalmente, de serem imediatamente cessados, a fim de se conter danos morais, psíquicos e materiais que certamente acabavam por assolar as vítimas.

Neste sentido, Trindade (2010, p. 24) reporta que são efeitos comuns em crianças e adolescentes sujeitos à alienação parental a ansiedade, o medo, a insegurança, o isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, vulnerabilidade ao álcool e às drogas e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas.

No Brasil, a Lei de Alienação Parental, de 2010, é o instrumento legal pelo qual se garante às vítimas alienadas a proteção estatal, a partir de um direito subjetivo de exigir do Estado, detentor do monopólio da jurisdição e até mesmo do uso autorizado da força, que saia de sua inércia e aja no sentido de impedir a continuidade de ações alienadoras, bem como identifique, responsabilize e puna os alienadores.

Por outro lado, não se pode olvidar que, no enfrentamento dos casos de alienação e aplicação da lei, o Estado se corporifica na pessoa de um agente especial que materializa uma parcela da soberania estatal. Portanto, ao juiz caberá agir em nome do Estado. E ao Estado-Juiz, por conseguinte, restará a competência para dizer o Direito e, inclusive, declarar quem são os alienadores e a eles aplicar as consequências jurídicas previstas aos infratores da lei.

Entretanto, para declarar a existência de atos de alienação parental e, por consequência, promover a cessação de sua prática, bem como para aplicar as sanções previstas aos autores desta prática, o juiz precisa reconhecer que tais atos aconteceram. Para isso é necessário dotar o processo de meios capazes de promover a representação da realidade fática sobre a qual o magistrado lançará seu veredicto. Essa representação é o conhecimento da realidade fática e esses meios, em conjunto, formam a instrução probatória. Logo, na instrução probatória se busca o conhecimento de fatos que subsidiarão a decisão judicial.

Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades cujo escopo é verificar e demonstrar a existência de fatos relevantes para o julgamento (DINAMARCO, 2017, p. 47). E, cabe destacar aqui, que a prova buscará demonstrar, por representação, como os fatos relevantes para o julgamento ocorreram, uma vez que eles são únicos e irrepetíveis. Por conseguinte, a instrução processual perseguirá a máxima aproximação da realidade e, disto, resulta que é imprescindível garantir às partes, isonomicamente, o direito à produção dinâmica de provas.

Com efeito, o direito à prova em si é assegurado pela Constituição e pela lei, a fim de que as provas possam demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos que reputam relevantes para o julgamento. Em que pese a Constituição não o afirmar de forma direta, ele é, com segurança, inferido no seu texto, especialmente na ampla garantia do devido processo legal. No plano infra constitucional, o direito à prova está diretamente afirmado no artigo 369 do Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2017, p. 51).

Desta forma, é possível afirmar que uma decisão judicial definitiva é legítima quando resulta de um processo que confere às partes a paridade de armas, com a devida oportunidade de participação e consequente realização de prova, sob o crivo do contraditório.

No caso da alienação parental, o texto normativo disciplinador, a Lei 12.318/2010, previu, expressamente, em seu artigo 5º, uma espécie particular de prova: a prova psicológica ou biopsicossocial a ser realizada na criança ou adolescente vítima da suposta prática alienadora. Esta prova, por sua vez, que exige um tipo especial, técnico, de saber, está prevista no Código de Processo Civil sob a alcunha de prova pericial. Segundo o artigo 156, caput, o juiz “será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”.

Antigamente, acreditava-se que a criança não era capaz de mentir, mas isto foi refutado à medida que restou comprovado que a percepção da criança e sua interpretação podem ser manipuladas pelos pais, por terceiros, por advogados ou mesmo por uma equipe de profissionais não-qualificada (DARNAL, 2011, p. 199-219). Logo, a perícia deve, de direito e de fato, ser realizada por um profissional ou uma equipe de experts.

Da redação do supracitado artigo 156 do Código de Processo Civil é possível afirmar que, sendo necessária a utilização de conhecimento técnico ou científico, será imperioso que o juiz seja assistido por perito. Tem-se, por sua vez, por conhecimento científico todo aquele produzido em conformidade com alguma ciência, observando os seus respectivos métodos e aplicando as concepções aceitas naquela área do saber (BODART, 2016, p. 781). Conforme Marinoni e Arenhart (2009, p. 770):

A prova pericial advém da necessidade de se demonstrar no processo fato que dependa de conhecimento especial que esteja além dos conhecimentos que podem ser exigidos do homem e do juiz de cultura média. Não importa que o magistrado que está tratando da causa, em virtude de capacitação técnica individual e específica (porque é, por exemplo, formado em engenharia civil), tenha qualificação para analisar a situação concreta. Se a capacitação requerida por essa situação não estiver dentro dos parâmetros daquilo que se pode esperar de um juiz, não há como dispensar a prova pericial, ou seja, a elucidação do fato por prova que um perito – nomeado pelo juiz – em quem que possam atuar assistentes técnicos indicados pelas partes, a qual deve resultar um laudo técnico-pericial, que por essas poderá ser discutido. O fato

que requer conhecimento técnico não interessa apenas ao juiz, mas fundamentalmente às partes, que têm o direito de discuti-lo de forma adequada, mediante, se for o caso, a indicação de assistentes técnicos. Em poucas palavras: a legitimidade do resultado da prova pericial requer que as partes tenham tido a devida possibilidade de participar em contraditório de sua formação.

Como se afere da citação supra, a prova pericial é admissível, ou até se poderia dizer ser necessária, todas as vezes em que for importante um conhecimento que supera a formação do juiz, sendo imprescindível para o deslinde de uma questão técnica, afinal habilidades específicas não são esperadas de juiz médio, em variação do conceito de homem médio. Logo, havendo necessidade de um outro magistrado analisar a situação de fato, seja por sucessão na titularidade da unidade judiciária e, por consequência, na presidência do processo em curso, seja por atuar no processo em sede de júízo revisor, havendo necessidade de um conhecimento técnico, é legítima a busca da prova técnica, pericial.

Portanto, o objetivo da prova pericial é tomar do perito as suas impressões técnicas, científicas, ou seja, juízos especializados sobre fatos relevantes da causa. Em conclusão, a prova pericial somente deve ser admitida se for possível e necessária para o esclarecimento dos fatos da causa e, concomitantemente, se a prova de um fato específico depender de conhecimento técnico.

É importante destacar, ainda, que, ao determinar a atuação de um perito judicial, o juiz não está delegando sua jurisdição, pois não pode haver transferência da autoridade de julgar. Portanto, o perito não julga, nem mesmo o juiz está obrigado a acreditar piamente na perícia realizada, em que pese ela ser um importante subsídio para o julgamento. Ou seja, o magistrado pode divergir da perícia, pode desprezar o laudo judicial e aceitar outra manifestação de algum assistente técnico, assim como ordenar uma perícia suplementar ou complementar, acolher parcialmente a perícia, entre outras possibilidades decisórias.

Portanto, conforme a previsão do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, é possível utilizar provas técnicas necessárias para a identificação de fatos que possam ser caracterizados como sendo de alienação parental, a prova psicológica ou a biopsicossocial, afinal não é tarefa fácil identificar atos de alienação parental. E o grau de dificuldade em sua detecção aumenta quando, por exemplo, a implantação de falsas memórias versa sobre alegações de molestações sexuais ou abuso físico da criança ou do adolescente.

Outro ponto sensível na discussão é a escuta direta pelo juiz dos alienados e alienadores, mesmo que acompanhados por especialistas, afirmando-se não ser o meio mais recomendável para casos de tamanha especificidade.

A própria Lei de Alienação Parental, reconhecendo a dificuldade da matéria, não apenas faz referência à necessidade da perícia psicológica ou biopsicossocial, como também prescreve que o profissional ou equipe multidisciplinar, responsável pelo estudo do caso e confecção do laudo pericial, apresentem especial aptidão para a tarefa que lhes é confiada, por meio de histórico profissional ou acadêmico que atestem sua capacidade técnica para diagnosticar atos de alienação parental<sup>15</sup>.

Com efeito, a redação do artigo 5º da lei específica, parece estar de acordo com os arts. 156 e 464 do Código de Processo Civil, ao preceituar, respectivamente, que o juiz deve ser assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico específico e ao indicar que a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, podendo as partes apresentar quesitos e indicar assistentes.

Diante da particularidade da alienação parental, na qual as principais vítimas são crianças ou adolescentes, um destaque é imprescindível: a fim de possibilitar a cessação dos atos de alienação e, assim, impedir ou minimizar ao máximo os danos, especialmente psicológicos e morais que possa sofrer a pessoa em formação, a Lei 12.318/2010 disponibiliza ao juiz a determinação da prova técnica logo no início da marcha processual, diante de meros indícios da prática de atos de alienação, em qualquer demanda, inclusive na forma incidental, como por exemplo em ações de divórcio, dissolução de união estável, guarda de filhos, regulamentação de direito de convivência ou até mesmo em ação de rito especial como a de alimentos. Ou seja, difere da prática processual ordinária, na qual a prova pericial é ordenada em estágio mais avançado do processo de conhecimento

Retomando a discussão sobre prova pericial, a importância do trabalho destes peritos é destacada por Madaleno e Madaleno (2018) no seguinte sentido:

O trabalho de uma equipe multidisciplinar, composta por perito social, psicólogo, psiquiatra e médico, precisa ser detalhado, comprometido, aprofundado, especializado, notadamente em casos de suspeita de abuso sexual contra crianças, pois esses profissionais precisam ter capacitação ou treinamento específico para o exercício de sua função, não havendo margem para erros, que, com frequência, acontecem e se produzem pela deficiente qualificação dos peritos designados, que por vezes se restringem a ouvir o autor da alienação, olvidando o outro genitor e escutando a criança ou o adolescente na presença do alienador ou próximo dele, realizando afirmações

---

<sup>15</sup> Artigo 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 o 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.

e extraindo conclusões sobre o progenitor alienado sem conhecê-lo e, mesmo assim, lhe deitando suspeitas muito mais resultantes do seu estado pessoal de choque com as narrativas unilateralmente apresentadas, e com esses laudos são subsidiadas as acusações de abuso e os processos criminais que acabam tendo o condão de suspender as visitas do progenitor falsamente acusado de abuso infantil, chamando a atenção e alertando para o perigo de muitos laudos periciais precipitados e inconsistentes [...].

Da citação supra, mais uma vez, percebe-se que conhecimentos técnicos específicos e, portanto, não exigíveis do juiz ou homem-médio, são imprescindíveis para a identificação de atos de alienação parental. Assim, as práticas de alienação, para serem auferidas, precisam de uma comprovação multidisciplinar, utilizando-se das ferramentas processuais que a lei lhe põe à disposição para quebrar a cadeia de atos de alienação que estejam violando direitos fundamentais de criança ou adolescente.

### **1.9 A discricionariedade aparentemente implícita na redação do artigo 5º da Lei nº 12.318/2010**

Ocorre que, em que pese a Lei de Alienação Parental enfatizar a importância das perícias psicológica e biopsicossocial, a necessária qualificação dos peritos e ainda elencar medidas concretas a serem ditadas pelo Estado-Juiz, a partir da constatação da prática alienadora, a redação do texto normativo parece tergiversar se a perícia é de fato obrigatória ou se ficaria à liberdade de cada magistrado, conferindo-lhe assim, possivelmente, um poder discricionário. Com efeito, o artigo 5º da Lei 12.318/2010 afirma que “havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, **o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial**”. (Grifei)

Em uma interpretação positivista, é defensável, de plano, a faculdade do julgador de a sua livre escolha, determinar ou não a realização das perícias especificadas na Lei de Alienação Parental. Entretanto, é preciso perquirir se esta interpretação primeira está de acordo com o próprio espírito da lei, o de promover a máxima e eficaz proteção de direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Diante da redação do §2º do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, verbis: “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”, pergunta-se se estaria o magistrado autorizado a, por ato de simples escolha, dispensar a realização da perícia técnica.

Assim, a depender da interpretação a ser emprestada ao texto normativo, surgirão alguns questionamentos, por exemplo: como deverá o juiz agir no caso concreto? Deve usar de

uma discricionarieidade forte e, na interpretação do comando normativo, ao seu talante ou intuição, determinar ou não a realização das perícias? Ou deve firmar como obrigatória a prova técnica para todos os casos em que se alegue a ocorrência de atos de alienação parental? Poderia o magistrado dispensar a perícia, realizando pessoalmente a escuta de alienados e alienadores?

Portanto, são questionamentos que devem ser considerados frente às violações no plano da igualdade dos direitos fundamentais bem como no plano do acesso à justiça, e são perguntas advêm sobre a forma de interpretação deste referido dispositivo normativo, o que demonstra que se está diante de um problema interpretativo.

Identificado um problema interpretativo, na busca por uma resposta adequada à proteção de direitos fundamentais da criança e do adolescente, esta pesquisa utilizará como referencial teórico H.L.A Hart e Ronald Dworkin para mostrar como essa inconsistência pode ser identificada e suprida. Isto será objeto do capítulo seguinte.

## **II ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS PARA O PROBLEMA DA APARENTE INDETERMINAÇÃO NA UTILIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE PELO JUIZ NA REDAÇÃO DO ARTIGO 5º DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL A PARTIR DO DEBATE HART X DWORKIN**

Do que foi exposto até aqui, já é possível afirmar que o artigo 5º da Lei de Alienação Parental apresenta intrigante vagueza ou indeterminação ao preconizar que a prova pericial, psicológica ou psicossocial será realizada, havendo indícios de prática de ato de alienação, se o juiz achar necessário. Ou seja, presente esta indeterminação do texto normativo, está-se diante de um problema interpretativo.

Assim sendo, questiona-se se o referido artigo 5º da Lei de Alienação parental autoriza o juiz a fazer uma escolha livre, caso a caso, pela realização ou não das perícias técnicas? Ou haveria uma outra matriz interpretativa justificadora, que apontaria para uma única resposta correta para aplicação do texto normativo? E, se for possível uma única resposta, qual seria o seu fundamento? Afinal, a realização das perícias técnicas é um ato de discricionariedade judicial?

A fim de apresentar uma resposta defensável para cada uma destas questões, faz-se necessário a adoção de uma teoria para interpretação do texto da lei. Neste capítulo, considerando as limitações que circunscrevem uma dissertação, serão apresentadas apenas duas teorias: o positivismo renovado de Herbert Hart e o Direito como integridade de Ronald Dworkin, que foram escolhidas como referenciais teóricos exatamente porque, há pelo menos quarenta anos, têm sido o fio condutor, na Filosofia do Direito anglo-americana e circunscritas nos principais debates teóricos mundiais sobre os limites interpretativos que são conferidos aos magistrados.

Neste capítulo se fará um corte epistemológico naquele que ficou conhecido como debate Hart x Dworkin, uma vez que, entre os vários temas debatidos, sobressai a discussão sobre a discricionariedade judicial, que, inclusive, é um marco da Filosofia do Direito. Por conseguinte, o escopo principal deste capítulo é investigar como cada uma das duas teorias se posiciona para identificar o que é o Direito e, a partir disto, diante dos casos de vagueza ou indeterminação de um texto normativo, como é possível ao juiz interpretar o texto legal, integrando o texto.

De posse dessas ferramentas, será possível enfrentar a indeterminação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, propondo uma matriz interpretativa que melhor se alinhe à teoria da proteção integral da criança e do adolescente.

## 2.1 A ideia de discricionariedade a partir do positivismo jurídico de Herbert Hart

Para que se compreenda a discricionariedade judicial a partir do positivismo hartiano, é necessário, mesmo que *en passant*, mencionar algumas das vigas mestras desta teoria. Assim, *O Conceito de Direito*, obra escrita por Herbert Hart, é um livro de leitura obrigatória a todo aquele que se propõe estudar a Teoria do Direito contemporânea. É assente entre os teóricos do Direito que, neste livro, Hart apresentou uma versão bastante sofisticada do positivismo jurídico.

Com sua densidade teórica e elegância estilística, a obra dava a impressão de que questões persistentes, até ali não satisfatoriamente respondidas, haviam sido finalmente superadas. Hart aperfeiçoou o positivismo jurídico clássico, baseado na teoria imperativa de John Austin, ao propor que o direito não poderia ser definido como um simples conjunto de ordens coercitivas ditadas por um soberano, que, por habitualidade era obedecido, mas deveria ser entendido como a combinação de outros tipos de normas.

Este filósofo inglês impôs para si, portanto, a tarefa de demonstrar que o Direito não era um fenômeno isento de normatividade, que pudesse ser descrito a partir de conceitos puramente factuais (*plain fact*), mas sim que a noção de regra era o elemento central de seu conceito. Assim, Hart assumiu uma postura cognitivista a respeito dos enunciados jurídicos e, desta forma, rompeu com a concepção fisicalista<sup>16</sup> de mundo, ou seja, para ele os enunciados jurídicos poderiam ser formados por termos que não designam nenhum estado de coisas na realidade e, mesmo assim, isto não significaria dizer que não se estaria diante de um enunciado jurídico.

Por conseguinte, diante da insuficiência das metodologias das ciências naturais, empíricas e matematizadas, face as especificidades do fenômeno jurídico, haveria a necessidade de uma abordagem hermenêutica sobre a teoria jurídica.

Com efeito, segundo Hart (2010, p. 15) haveria a necessidade de “[...] um método hermenêutico que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não com certos padrões compartilhados”. Para atingir este objetivo e, simultaneamente, desconstruir a teoria imperativa e, por consequência, refutar a tese de Austin, Hart apontou três falhas nesta teoria: em primeiro lugar, porque existem variedades de normas – especialmente as que conferem poderes jurídicos,

---

<sup>16</sup> Para os fisicalistas, a objetividade seria independente da perspectiva humana, baseando-se apenas em fatos brutos, que poderiam ser mensurados e quantificados em termos matemáticos. Por conseguinte, deles, surgiram apenas conceitos extensionais, que dispensariam o compartilhamento de formas de vida para o seu conhecimento. Estariam nesta concepção fisicalista excluídos os conceitos intencionais, os quais possuem sentido mesmo não sendo reduzidos a uma racionalidade matemática.

como, por exemplo, as que autorizam interessados firmarem as regras de um contrato privado – que não podem ser concebidas como ordens baseadas em ameaça; em segundo lugar, porque nem sempre as leis são dirigidas exclusivamente aos outros, pois, muitas das vezes alcançam seus próprios legisladores; em terceiro lugar porque há regras jurídicas originadas do costume e que, portanto, não tem sua origem em atos deliberados de uma autoridade criadora, como ocorre com as leis e as ordens.

Por outro lado, Hart não negou a necessidade da existência de normas de obrigação, dotadas de coercitividade, onde quer que exista uma sociedade, chegando a afirmar, categoricamente, que não obstante os erros da teoria imperativa, esta teoria partiu da percepção correta de que onde existir o Direito, a conduta humana, em um certo sentido, torna-se obrigatória ou não opcional (HART, 2009, p. 106-107).

Ainda segundo Hart, em sociedades primitivas e desprovidas de um poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie, não haveria diferença entre normas primárias (de obrigação) e princípios morais. Entretanto, ele sustentou que somente em uma comunidade pequena, onde o vínculo de parentesco, os sentimentos e as convicções em comum sejam o amálgama de sua união, seria possível viver em tal anomia (HART, 2009, p. 119).

Para demonstrar a validade de sua assertiva, Hart destacou três problemas que não poderiam ser superados nestas sociedades primitivas: o primeiro deles é a incerteza, pois, na dúvida sobre a essência de uma norma ou sobre o seu âmbito de aplicação ou incidência, não existiria um procedimento próprio para dissipar as dúvidas, fosse por meio de um texto autorizado ou por alguém dotado de autoridade e que cujas declarações fossem vinculantes.

O segundo argumento é o caráter estático daquelas normas, pois, não havendo um procedimento para sua modificação, isto somente ocorreria com o decurso lento do tempo até se tornarem habituais e, por fim, obrigatórias. Já o terceiro defeito seria a ineficiência da pressão social difusa para garantir a observância das normas (HART, 2009, p. 119-121).

Como estágio avançado e obrigatório de uma sociedade moderna, o jurista inglês defendeu a evolução desse sistema primário, ou pré-jurídico, para um sistema jurídico, no qual as normas primárias, ou de obrigação, tornassem-se normas substantivas do Direito que governa a sociedade, e a estas fossem adicionadas as normas secundárias, que seriam de reconhecimento, modificação e julgamento, expurgando assim os defeitos do sistema primitivo supra apontados. Com esta combinação, Hart, parafraseando Austin, disse ter achado a “chave” para a resposta do que é o Direito.

Em síntese, para Hart, o Direito é um sistema de regras sociais, em duplo sentido, pois, concomitantemente, suas regras regem a conduta dos seres humanos e têm sua gênese e

existência nas práticas sociais humanas. Estas regras sociais, pertencem a uma classe geral em que se encontram outras de semelhante natureza, como, por exemplo as regras de moral, de etiqueta e de jogos entre outras.

Entretanto, dois traços distintivos são observados nas regras jurídicas: o primeiro é que, assim como regras morais, elas se referem a “obrigações” ou “deveres”, tornando as condutas por si reguladas como “obrigatórias” ou “vinculantes”; a segunda é que, diferentemente das regras morais, elas têm uma qualidade sistemática que depende da inter-relação de dois tipos de regras, batizadas por Hart de “regras primárias” e “regras secundárias” (MACCORMICK, 2010, p. 35).

No pós-escrito de *O Conceito de Direito*, Hart (2009, p. 309) afirmou, categoricamente, que sua exposição sobre o Direito era descritiva e, por conseguinte, moralmente neutra, sem fins justificatórios. Resta clarividente, portanto, que, para Hart, o Direito está conceitualmente separado da Moral e que, portanto, esta última não pode servir, exceto contingencialmente, de justificação para as regras de Direito.

### **2.1.1 A regra de reconhecimento como critério de demarcação do que é Direito e dos limites dos oficiais da lei**

Não por acaso a regra de reconhecimento recebeu especial realce neste subitem. Sua pertinência com a temática desta dissertação é visceral. Afinal, é preciso compreender, com base neste referencial teórico, o que pode ser identificado como Direito para que se possa, a partir dele, apresentar uma proposta hermenêutica capaz de interpretar um texto normativo que apresente indeterminação ou vagueza, como sustentamos haver no artigo 5º da Lei de Alienação Parental. Conforme Maccormick (2010, p. 37):

Além das regras primárias de obrigação e das regras secundárias de julgamento e alteração, todo sistema jurídico inclui outra regra secundária essencial à sua existência diferenciada como sistema jurídico. Trata-se do que Hart chama de uma “regra de reconhecimento”. A regra de reconhecimento estabelece critérios que determinam a validade de todas as outras regras de um sistema jurídico particular. Enquanto as regras secundárias de julgamento e alteração conferem poder, a regra de reconhecimento impõe deveres sobre aqueles que exercem o poder público e oficial, especialmente o poder de julgar. Se aqueles que têm o poder de agir como juízes também tem o dever de aplicar todas e apenas as regras que satisfaçam certos critérios mais ou menos específicos de validade, então o corpo de regras que esses juízes têm o poder de aplicar possui um conteúdo relativamente determinado ou determinável.

Destacam-se, portanto, duas funções de relevante envergadura na regra de reconhecimento de Hart: é essa regra que especifica os critérios de validade de todas as demais

normas de um sistema jurídico e, ainda, é ela que impõe deveres sobre aqueles que exercem o poder de julgar.

Na sua primeira tarefa, por conseguinte, a de fixar os critérios de validade das demais normas, a regra de reconhecimento se destaca como o verdadeiro teste para se saber se uma determinada norma deve ser reconhecida como uma norma jurídica ou não e, ainda, se ela deve ser considerada como válida, e isto se dá a partir do rastreamento de sua origem, perquirindo-se se ela obedece a uma cadeia hierárquica de regras, cada uma delas cumprindo os critérios de validade estipulados pela sua superiora imediata até a regra de reconhecimento (STEINNER, 1976, p. 136).

Por conseguinte, a regra de reconhecimento é a regra suprema de um sistema jurídico, para o positivismo de Hart. Neste sentido, inclusive, o próprio Hart (2009, p. 136) declarou que:

A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma *última* (*ultimate rule*); e quando, como geralmente ocorre, houver diversos critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado *supremo* (*supreme*). Essas ideias sobre o caráter último da norma de reconhecimento e a supremacia de um de seus critérios merecem atenção.

Como se vê, em grau de importância para sua teoria do sistema jurídico, a regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma fundamental está para Kelsen: ambas servem como teste de validade para que se conclua se uma determinada norma pertence a um sistema jurídico definido<sup>17</sup>. Entretanto, uma diferença essencial deve ser destacada, até para efeito de reconhecimento do aperfeiçoamento que Hart emprestou ao positivismo.

Kelsen e Hart são positivistas, logo ambos sustentam que o Direito é intrinsecamente normativo e, por conseguinte, apenas pode ser fundamentado por aquilo que esteja lastreado juridicamente. Kelsen, entretanto, buscava a sua “norma fundamental” em uma norma hipotética, que necessariamente deveria ser presumida como a fonte última de validade de todas as demais normas<sup>18</sup> e que estaria além do plano existencial, logo fora do Direito, vez que este é um fenômeno eminentemente humano.

---

<sup>17</sup> Para Kelsen (2009, p. 217): “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.

<sup>18</sup> Kelsen ao defender a norma fundamental afirma: “[...] a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar

Mantendo, entretanto, característica comum aos positivistas, esta a norma fundamental kelsiana é uma norma pensada com a função única de atribuir validade e unidade ao ordenamento jurídico, não possuindo qualquer conteúdo moral ou mesmo político (ATALA, 2017, p. 70).

Em síntese, segundo Kelsen, cada norma posta precisa estar fundada numa norma anterior e superior. Entretanto, para que não haja um regresso infinito, o qual faria a validade de todas essas normas cair no vazio, faz-se necessário que exista uma primeira norma que seja o lastro de todas as demais. Esta norma fundante, por consequência, não pode cair no mesmo dilema acima, sob pena de ser inválida e, assim, contaminar de invalidez todas as demais normas que nela se apoiam.

Para que isto não aconteça, explica Kelsen, essa primeira norma não pode ser uma norma posta, pois, se assim o fosse, teria que ter sido posta por alguém, que necessitaria estar investido de autoridade e essa autoridade exigiria, por consequência, outra norma que a estabelecesse. Por isto, Kelsen, então, sustenta que essa primeira norma não pode ser posta, mas tem que ser, na verdade, pressuposta. Ou seja, diferente de todas as outras, essa norma primeira e estruturante tem sua validade fundamentada não em outra norma, mas sim na simples aceitação de sua validade. Esta aceitação é necessária, por conseguinte, para que não venha a ruir todo o ordenamento jurídico que se apoia nesse primeiro fundamento (COELHO, 2011).

Assim a norma fundamental é uma ideia concebida pelo homem e para o homem, com o objetivo teórico de dar sustentação e unidade ao ordenamento jurídico positivista kelsiano.

Por outra banda, Hart apresenta sua regra de conhecimento como uma regra social compartilhada, aceita como um *standard* comum e obrigatório, pelos cidadãos, governantes e autoridades. Como se vê, Hart conseguiu, no plano teórico, dar ao positivismo uma norma de reconhecimento compatível com sua máxima de que o Direito se funda em fatos sociais observáveis. Em sendo uma regra social compartilhada, a norma de reconhecimento é fato observável, e não uma construção metafísica ou um mero postulado<sup>19</sup>. Nas palavras de Hart (HART, 2009, p. 131):

---

numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como uma norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*) (KELSEN, 2009, p. 217).

<sup>19</sup> Neste sentido Steiner (1976, p. 137): “The rule of recognition, the cornerstone of the model of rules, is not a metaphysical construct or a mere postulate. It is a phenomenon discoverable by a careful external observer who examines the actions of officials [...]”. Tradução livre: “A regra de reconhecimento, pedra angular do modelo de regras, não é uma construção metafísica ou um mero postulado. É um fenômeno descoberto por um observador externo cuidadoso que examina as ações dos funcionários [...]”.

o cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma. [...] Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos.

Já em sua segunda tarefa, as regras de reconhecimento impõem deveres àqueles que as regras de julgamento conferem poder. Estas pessoas ou instituições, detentoras do poder de julgar, têm importância vital para a existência e manutenção do sistema jurídico proposto por Hart, uma vez que a aceitação da norma de reconhecimento por eles, desde que de alguma forma possam obter, em larga escala, a obediência e concordância dos demais, é suficiente para que a norma suprema seja considerada válida e capaz de cancelar todas as demais normas do sistema (MACCORMICK, 2010, p. 38).

As decisões daquelas autoridades ou instituições, entretanto, não podem receber a pecha de arbitrárias, caprichosas, produto de voluntariedade ou solipsismo. Por contrário, exigem-se balizas que possam, em certa medida, dar a sensação de previsibilidade e segurança jurídica. Estas balizas, por sua vez, estão na própria regra de reconhecimento, uma vez que por ela os oficiais encontrarão o Direito a ser aplicado. Segundo Hart (HART, 2009, p. 150):

Exigem-se, portanto, duas condições mínimas, necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema.

A regra de reconhecimento, por conseguinte, conforme a teoria hartiana, é, na sua essência, uma questão de fato, uma prática complexa de identificação de regras por parte do corpo de funcionários de um sistema, especialmente os juízes (BARZOTO, 1999, p. 135).

Por corolário, sendo o Direito definido pelo positivismo como um conjunto de regras e, concomitantemente, como um fato social observável, sua ideia clássica de subsunção do fato a norma parece simplificar o problema de possível voluntarismo judicial. Com efeito, se as regras de obrigação prescrevessem todas as condutas humanas possíveis e, concomitantemente apresentassem uma resposta única a sua transgressão (e, finalmente, os tribunais aplicassem com extremo zelo as regras de reconhecimento), não haveria, em tese, espaço para a discricionariedade judicial.

Ocorre que, a toda evidência, as duas premissas lançadas no parágrafo anterior para expurgar a possibilidade do voluntarismo judicial são facilmente refutadas. A primeira porque é impossível, até pelo elemento dinâmico da sociedade, serem previstas todas as condutas humanas que se queira disciplinar pelo direito. A segunda limitação é relativa às limitações de precisão semântica, pois existem vários significados de diversos vocábulos, por exemplo, dão azo a conclusões não necessariamente unívocas de um texto legal<sup>20</sup>.

Hart é defensor da aplicação direta de regras jurídicas quando estas afastam, conforme as convenções semânticas e sintáticas corriqueiras, qualquer dúvida. Por outro lado, reconhece a existência de casos nos quais as formulações linguísticas apresentam uma zona de penumbra, ou dúvida, o que torna difícil a aplicação do direito. Nestes casos ele admite haver um poder discricionário, conferido ao intérprete, o qual, em última instância, no ato de decidir, fará uma escolha, ainda que não seja absolutamente arbitrária ou irracional. Para ele não há que se falar em regras imunes à indeterminação ou a interpretações conflitantes. Por conseguinte, a norma jurídica, até certo ponto, possui uma textura aberta, em razão do relativo desconhecimento das situações factuais e das circunstâncias particulares de cada caso (VERBICARO, 2017, p. 217).

Hart então propõe sua teoria da textura aberta do Direito e conseqüentemente da discricionariade judicial, o que será objeto do próximo subitem, não perdendo aqui de vista a sua importância para o deslinde das questões que surgem a partir das indeterminações da Lei de Alienação Parental.

### **2.1.2 A textura aberta do direito e a discricionariade judicial**

Hart reconhece na legislação (linguagem geral vinculante) e nos precedentes (exemplos dotados de autoridade) as duas formas mais eficazes de transmitir os padrões gerais de conduta a serem observados por uma população de um determinado território (HART, 2009, p. 161).

Ao julgar a transmissão por meio dos precedentes, Hart conclui que suas orientações, mesmo quando acompanhadas por orientações verbais de caráter geral, são de considerável vagueza, abrindo um leque muito amplo de possibilidades e, portanto, de dúvidas sobre a conduta que se pretende. Conseqüentemente, diante do caráter impreciso dos exemplos, entende

---

<sup>20</sup> O próprio Hart afirma: “É típico da condição humana (e também, portanto da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambigüidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo” (HART, 2009, p. 166).

que a transmissão de padrões gerais de conduta por meio de formas gerais linguísticas explícitas parece ser mais clara, confiável e segura (HART, 2009, p. 162-163).

Apesar da maior precisão da legislação, Hart não deixa de reconhecer que mesmo ela, quando de sua aplicação em casos concretos, pode dar espaço a incertezas quanto ao tipo de comportamento que exige. Estas limitações são iminentes as próprias limitações da linguagem.

Nas palavras de Hart (HART, 2009, p. 164):

Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?). [...] Os cânones de “interpretação” não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação.

Perceptível, portanto, que, para Hart, mesmo diante de um texto normativo que se apresenta, em princípio, de forma clara, não há que se desconsiderar o seu contexto, logo a mesma regra que em um determinado caso é clara, precisa, não impondo qualquer dificuldade ao intérprete, a depender do contexto, pode não sê-lo.

Ou seja, para ele, o direito positivado não é autossuficiente, mas dependente, para sua interpretação e aplicação, da prática social vigente, o que remete, ainda, para a conclusão que aquele não é imune ao tempo, negando-lhe, assim, um caráter estático. Este caráter, segundo o autor, é preferível por abrir a possibilidade concreta de que acompanhe a evolução da sociedade, a partir da própria interpretação de um mesmo texto, prescindindo de uma produção legislativa exaustiva, cujo objetivo seria adequar o direito à evolução da vida social.

E mais: é inescapável, por mais que se tome cuidados quando da elaboração de regras, legais ou linguísticas, que estas apresentem dúvidas quando de sua aplicação, afinal não sabemos de antemão o que o futuro pode trazer, ou seja, abre-se possibilidade de que circunstâncias imprevistas condicionem as regras (STAVROPOULOS, 2001, p. 92).

Para Hart, qualquer que seja a estratégia eleita para a transmissão de padrões de comportamento – precedentes ou legislação –, em algum momento esses padrões se revelarão imprecisos e sua aplicação será posta em xeque. Logo, esses padrões terão, em todo caso, o que o positivista chamou de textura aberta: uma característica imanente a linguagem humana, que gera incerteza nas zonas limítrofes (STRECK e MOTTA, 2018, p. 165).

Em síntese, precedentes e legislação, não raro, em algum momento de sua aplicação mostrar-se-ão imprecisos, vagos, com uma “zona de penumbra” ou de indeterminação, cabendo a quem gozar de autoridade para dirimir a controvérsia operar uma escolha entre alternativas abertas.

Como já afirmado, para Hart a regra de reconhecimento valida as demais normas de um sistema jurídico e, sendo ela a *ultimate norm*, não tem a sua própria validade conferida por nenhuma outra norma, mas pela sua aceitação pelos detentores do poder de julgamento, desde que estes de alguma forma e em larga escala obtenham a obediência dos demais.<sup>21</sup>

Assim, considerando a textura aberta das leis e a competência das instituições oficiais para aplicá-las e declarar-lhes o sentido, especialmente naqueles casos não triviais ou “simples”, a teoria de Hart reconhece e tem por legítima a discricionariedade judicial. Com efeito, a textura aberta do direito significa dizer que em muitos casos as autoridades administrativas e especialmente as judiciais decidirão a partir de uma escolha entre respostas possíveis, na tentativa de restabelecer o equilíbrio entre interesses conflitantes. Hart (2009, p. 176) diz que:

Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis, ou ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.

Destacando essa discricionariedade atribuída por Hart aos tribunais, Jennex (1991-1992, p. 474) realça que:

[...] ele (Hart) se afasta da compreensão tradicional dessa reivindicação, segundo a qual a lei é constituída pelos comandos de um soberano, sustentando que a lei é melhor concebida como um sistema de regras que são aceitas pelo menos pelo judiciário de uma comunidade. Uma consequência de sua identificação da lei com um conjunto de regras institucionalmente reconhecidas é seu compromisso com uma certa forma forte da doutrina da discricção judicial. [...] Para cobrir uma grande variedade de situações relevantes, as normas são expressas em termos gerais. No entanto, os termos gerais estão sujeitos a uma penumbra de imprecisão que dificulta discernir sua

---

<sup>21</sup> Esta constatação do pensamento de Hart também é destacada por Doren: “Hart believes that for a legal system to exist, the officials must accept the secondary rules and for whatever reason, the populace must obey them”. (DOREN, John W. Van. Theories of Professors H.L.A. Hart and Ronald Dworkin – A critique. In: **Cleveland State Law Review**, Vol. 29:279, 1980, p. 280. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 14 de jul. 2017. Tradução livre: “Hart acredita que, para que exista um sistema legal, os funcionários devem aceitar as regras secundárias e, por qualquer motivo, a população deve obedecê-las”).

aplicabilidade a estados de coisas não previstos pelos autores dos estatutos em questão<sup>22</sup>.

É importante frisar que, ao atribuir a discricionariedade aos tribunais, Hart não quis com isso afirmar que eles sejam infalíveis e, por isso merecedores dela, mas apenas dizer que, pela regra secundária que lhes confere poder para julgamento, possuem, por dever, a última palavra para a solução das controvérsias. Assim, mesmo na incerteza das normas e até mesmo na sua ausência, devem apresentar uma resposta. Logo, do ponto de vista jurídico, não há sentido falar que a decisão de um tribunal supremo foi errada, e isto porque em nada alterará os direitos e deveres de ninguém (HART, 2009, p. 183).

Afinal, os casos não evidentes ou difíceis precisam ser resolvidos e, se o direito positivo não apresenta uma resposta, caberá ao julgador encontrá-la, pois ele não pode se eximir de proferir um julgamento. Hart não se coaduna com a ideia de que diante de uma lacuna legal o juiz deveria se declarar incompetente, não proferir o julgamento e remeter o ponto não regulamentado para que o legislativo o decida, como defendia Bentham. Para Hart, diante de um caso não evidente, não contemplado pelo Direito reconhecido pela regra de reconhecimento, ao julgador caberá decidir fazendo uma escolha entre as alternativas abertas deixadas pela lacuna normativa.

Nestes casos, o juiz estaria investido de um poder discricionário amplo, criando o Direito para o caso que tem em mãos, ou seja, nos casos não regulamentados juridicamente, o juiz simultaneamente cria o Direito e aplica o Direito estabelecido, o qual concomitantemente lhe outorga poder de legislar e restringe esse poder (HART, 2009, p. 351).

Entretanto, esse poder de criar o Direito, nos casos em que há parcial regulamentação, está sujeito a muitas limitações que restringem escolhas, limitações estas que não se impõem ao Legislativo. Esse poder criativo está circunscrito aos casos concretos específicos, logo o juiz não pode utilizá-lo para promover amplas reformas ou novos códigos legais. Assim, nestes casos, os poderes do juiz são intersticiais, sujeitos a muitas limitações substantivas.

Há ainda casos sobre os quais o Direito existente não aponta para qualquer decisão correta, impossibilitando assim o juiz a fazer uma escolha entre respostas possíveis. Quando

---

<sup>22</sup> No original: he (Hart) departs from the traditional understanding of that claim according to which law is constituted by the commands of a sovereign, contending instead that law is better conceived of as a system of *rules* that are accepted by at least the judiciary of a community. A consequence of his identification of law with a set of institutionally recognized rules is his commitment to a certain strong form of the doctrine of judicial discretion. [...] So as to cover a wide variety of relevantly similar situations, statutes are expressed in general terms. However, general terms are subject to a penumbra of vagueness that makes it difficult to discern their applicability to states of affairs not anticipated by the authors of the statutes in question

isto ocorre a discricionariedade judicial será ainda mais forte, mas não arbitrária, uma vez que o julgador sempre terá que justificar sua decisão em algumas razões gerais, devendo atuar como um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas convicções e valores. Satisfazendo tais condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões para além da lei, podendo diferir dos padrões de outros juízes que julgaram casos difíceis semelhantes (HART, 2009, p. 352).

Em síntese, para a teoria hartiana, quando o direito fornecer mais de uma resposta para um caso difícil, deverá o julgador escolher uma delas. Já na ausência de qualquer resposta o juiz poderá decidir conforme suas próprias razões, criando um direito novo e aplicando-o ao caso que tem em mãos. Em qualquer dos casos, sempre deverá o julgador justificar sua decisão.

Por conseguinte, segundo Hart, os tribunais ao decidirem uma controvérsia, estarão, tão somente, exercendo o poder que lhes foi conferido por uma norma secundária e, com isso, fazendo uma escolha dentre as respostas possíveis ou mesmo criando uma resposta não regulamentada pelo Direito, mas não praticam atos de arbitrariedade e por isso não podem ser criticados. Neste sentido:

Isso não significa que os juízes tenham licença para decidir arbitrariamente ou estejam isentos de críticas. Além de suas obrigações legais, espera-se que eles empreguem padrões comumente entendidos de justiça e racionalidade para alcançar suas decisões. O que Hart alega é que, quando a indeterminação da lei, seja o resultado da ausência de sentenças duvidosas, a torna questionável quanto a qual das várias possíveis decisões de caso está correta, o juiz não pode ser criticado, por razões legais, por escolher uma das alternativas. É nesse sentido que se pode dizer que os juízes têm discricção na decisão de casos difíceis (JENNEX, 1991-1992, p. 474)<sup>23</sup>.

Para Hart, a textura aberta das normas permite ao julgador fazer escolhas. Entretanto, estas opções não são absolutamente livres, a ponto de se permitir a arbitrariedade, uma vez que existe um núcleo de sentido estabelecido, do qual o julgador não tem a liberdade de se desviar. Já nos casos de ausência de normatividade, o juiz deverá agir como um legislador consciencioso ao interpretar e criar um direito.

Para ele, portanto, o recurso à discricionariedade judicial não é um mal necessário ou deletério, mas uma realidade com a qual se pode alcançar flexibilidade e racionalidade na aplicação das regras jurídicas. Demais disso, eventual incerteza sobre os limites estritos de

---

<sup>23</sup> No original: This is not say that judges have license to decide arbitrarily, or are exempt from criticism. Apart from their legal obligations they are expected to employ commonly understood standards of fairness and rationality in reaching their decisions. What Hart claims is that when the indeterminacy of law, whether the result of the absence of edged ones, renders it questionable as to which one of a number of possible case decisions is correct, the judge cannot be criticized on legal grounds for choosing one of the alternatives. It is this sense in which judges can be said to have discretion in deciding hard cases.

incidência do Direito é o preço há se pagar pelas limitações imanentes a qualquer tipo de comunicação (VERBICARO, 2017, p. 219-220).

De posse dessa ferramenta interpretativa da teoria hartiana já é possível fazer algumas considerações, na busca de uma resposta satisfatória para o nosso problema de pesquisa.

Em primeiro lugar, submetendo a Lei 12.318, Lei da Alienação Parental ao teste das fontes é fácil concluir que ela é reconhecida como uma regra do direito positivado, afinal, tem sua origem no Poder Legislativo, após regular procedimento de produção legislativa, assim como é reconhecida e aplicada pelas autoridades judiciais e aceita no tecido social como a regra vetora para os casos de alienação. Ela, por conseguinte, existe, está em vigência e apta a produzir seus efeitos.

O artigo 5º da Lei de Alienação, por sua vez, reza que “havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”. A partir de uma matriz hartiana, é perceptível que o legislador pátrio disciplinou a matéria e franqueou ao magistrado, no caso concreto, a possibilidade de decidir, de forma discricionária, se há ou não a necessidade de realização da referida perícia.

Por conseguinte, ao magistrado, caso a caso, caberá decidir sobre a necessidade, conveniência e oportunidade da realização da prova técnica, justificando sua escolha entre as alternativas possíveis (realizar ou não), estando seu direito de escolha previamente chancelado pela própria norma, como uma forma de se racionalizar a aplicação do dispositivo de lei.

A esta teoria da discricionariedade de Hart é que Dworkin apresentou suas mais contundentes críticas, o que será abordado a partir do próximo item, a fim de que no capítulo subsequente seja feita uma escolha de uma das propostas para o nosso problema de interpretação do texto normativo referente a alienação parental.

## **2.2 A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin**

O valor político da integridade para Dworkin é de suma importância, primeiro para estabelecer uma teoria geral da decisão, no âmbito da aplicação do Direito ou da legislação e ainda em uma segunda tarefa, a de estabelecer as bases da legitimidade do poder político, a fim de que se possa justificar a coerção estatal (BUSTAMANTE, 2018, p. 115).

Sendo a Lei 12.318/2010 o texto normativo disciplinador da temática da alienação parental, inclusive com a previsão de coerção estatal para reversão da guarda da criança e do adolescente sujeitos à ação do cônjuge alienador, faz-se mister expor e compreender os fundamentos desta teoria, a fim de que se possa verificar se ela, de fato, enquanto matriz

interpretativa, melhor atende a promessa constitucional de primazia de direitos fundamentais daqueles seres em especial condição de formação, especialmente no que tange à interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental.

Na sequência deste texto, será perquirida a concepção de direito como integridade de Dworkin, até a sua obra “O Império do Direito”, não se projetando para as modificações que o autor norte-americano fez em aperfeiçoamento de sua teoria, já na obra “Justiça para Ouriços”, após críticas que recebeu especialmente de Andrei Marmor e Jeremy Waldron, pois o debate ali travado não modifica substancialmente a proposta que se apresentará para a interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental.

### **2.2.1 A crítica de Ronald Dworkin ao conceito de direito de Hart**

Como já afirmado neste texto, Hart, em sua obra “O Conceito de Direito”, deu nova vitalidade ao positivismo jurídico. Este positivismo aperfeiçoado encontrou em Ronald Dworkin seu maior objeter. A versão do positivismo proposto por Hart apresenta o Direito como um sistema formado por regras de obrigação (normas primárias) que podem ser identificadas por um teste de validade (norma de reconhecimento), para separá-las, mecanicamente, de outras regras sociais. Da inter-relação de regras primárias e secundárias (as quais além das de reconhecimento, podem ser de modificação e julgamento) tem-se um sistema jurídico.

Conforme descrita pelo próprio Hart, sua teoria do Direito é geral e descritiva: geral porque não se vincula a qualquer sistema jurídico ou cultura jurídica particular, e descritiva porque é moralmente neutra, não possuindo fins de justificativa, ou seja, não pretende justificar o que é o Direito, com fundamentos morais ou outros, ou recomendar as formas e estrutura que aparecem em sua discricção (HART, 2009, p. 309-310).

Ronald Dworkin atacou a teoria hartiana ao sustentar o “modelo de regras” fornece uma caracterização incompleta e inadequada da natureza do Direito, em virtude de sua incapacidade de reconhecer que os juízes, ao tomar suas decisões, não estão circunscritos apenas às leis, mas também aos princípios que tem diferentes propriedades lógicas (STEINNER, 1976, p. 135).

No seu livro “Levando os Direitos a Sério”, o jusfilósofo norte-americano sustentou que uma teoria geral do Direito deveria ser, simultaneamente, normativa e conceitual: normativa porque deveria conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância às leis, e conceitual porque faria uso da filosofia da linguagem e, por conseguinte, também o faria da lógica e da metafísica. Haveria, portanto, uma complexa interdependência entre as

diversas partes de uma teoria geral do Direito. A teoria normativa, por sua vez, irá assentar-se em uma teoria moral e política mais abrangente, que poderá, ainda, depender de teorias filosóficas sobre a natureza humana e a objetividade da moral (DWORKIN, 2010B, p. IX - X).

Nesta primeira fase de sua carreira acadêmica, Dworkin atribuiu à ausência de princípios, como *standards* de direitos na teoria hartiana, uma prova cabal de sua incompletude. Em defesa da concepção de Direito de Hart, entretanto, certas correntes do positivismo afirmam que uma adaptação marginal de sua teoria, com a inclusão dos princípios no conceito de norma, já resolveria essa crítica levantadas Dworkin, pois, segundo essas correntes, Hart nunca tratou, diretamente, acerca da existência de princípios e, por conseguinte, seria possível incluí-los na sua concepção de regras.

Assim, poder-se-ia negar o desacordo entre Hart e Dworkin, simplesmente porque estariam eles falando de assuntos distintos e sob perspectivas diversas, uma descritivo-explicativa, moral e politicamente neutra e outra descritiva-justificadora ou normativa (VERBICARO, 2017, p. 278-279).

O próprio Hart, em sua resposta às críticas de Dworkin, obra publicada após sua morte, reconheceu que seu conflito mais direto reside em sua afirmação de que todo sistema jurídico é parcialmente incompleto ou indeterminado, o que autorizaria os juízes, nestes casos de penumbra ou vagueza sair do âmbito do Direito e exercer o poder de criar direitos para proferir uma decisão.

Por outra banda, Dworkin sustenta que o Direito não é incompleto, mas sim a imagem que dele faz o positivista e que, a partir de uma avaliação “interpretativa” do Direito como algo que inclui princípios jurídicos implícitos além do direito explícito, oferecendo uma melhor justificação moral, é possível concluir que jamais é incompleto ou indeterminado, de sorte que ao juiz jamais será facultado sair do âmbito do direito e criar respostas para proferir uma decisão (HART, 2009, p. 351-352).

Aqui, portanto, nas palavras de Hart, o principal ponto de contato, e ao mesmo tempo de divergência das duas teorias, seria a discussão sobre a incompletude do direito e o poder discricionário que ele reconhece aos juízes.

Este embate, para que se reconheça ou não a faculdade de escolha dos juízes para realização de perícia técnica, nos casos de indícios de atos de alienação parental, é o ponto nodal desta dissertação, pois, a depender da resposta interpretativa acolhida, diversos serão os resultados a partir da aplicação da lei, o que discutiremos com mais vagar no terceiro capítulo.

### 2.2.2 Os casos difíceis segundo uma concepção positivista

Tomando por empréstimo uma definição positivista para casos difíceis, Dworkin afirma que eles se manifestam “[...] quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” (DWORKIN, 2010A, p. 127). A contrário senso, se a um caso pode ser aplicada uma regra clara de direito já preexistente, estar-se-á diante de um caso fácil, pois nele não haverá uma discussão de base relativa a que padrão referencial normativo deve incidir (DIAS, 2018, p. 87).

A partir desses conceitos, não é difícil intuir que, nos casos fáceis, o espectro de variação de uma decisão judicial fica adstrito a um intervalo previamente conhecido pelas partes, permitindo assim uma previsibilidade das decisões e, por corolário, o exercício de controle sobre as variáveis de um julgamento, o que implicará em segurança jurídica, um dos pilares justificadores do positivismo jurídico.

Ocorre que, por vezes, nos casos difíceis, não há acordo quanto ao padrão normativo pré-existente a ser aplicado e neste ponto os positivistas, em regra, reconhecem a existência de uma margem de discricionariedade conferida, pelo sistema jurídico, aos juízes. Nestes casos, aos juízes restaria, legitimamente, uma escolha entre várias decisões possíveis e, para isso, escolheriam padrões meta jurídicos que justificassem aquela que, para eles, é a melhor decisão. Em síntese, os casos difíceis fariam surgir uma faculdade para um julgamento discricionário, que poderia ser exercido livremente pelos juízes (DIAS, 2017, p. 704).

O grau de discricionariedade conferido pelos positivistas ao juiz, e mesmo se há tal autorização de forma satisfatoriamente justificada dentro de um regime democrático, passa a ser objeto de estudo e crítica de Dworkin. Para o autor, ao agir com essa discricionariedade sustentada pelos positivistas, o juiz legisla novos direitos jurídicos – *new legal rights* – e, em seguida, os aplica retroativamente, o que, sob sua argumentação é inaceitável, pois mesmo nos casos difíceis o juiz continuaria obrigado a descobrir quais são os direitos das partes, não possuindo licença para criar novos direitos (DWORKIN, 2010, p. 127).

Na visão dworkniana, o indivíduo que tem direito a igual consideração e respeito tem ou não tem um direito e, se o tiver, este deve ser assegurado pelo poder público.

É necessário, por conseguinte, compreender o sentido e alcance que a discricionariedade possui no positivismo jurídico, a partir da percepção de Dworkin. Com efeito, Dworkin primeiro reconhece e imputa duas intensidades ao poder discricionário, uma fraca e uma forte, para atribuir aos positivistas (especialmente aos renovados, firmados em uma base hartiana) a adoção de uma delas.

À discricionariedade fraca, Dworkin indica duas possibilidades: a primeira delas, quando se emprega “poder discricionário” apenas para dizer que “por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar” (DWORKIN, 2010A, p. 51). Para melhor esclarecer este tipo de discricionariedade fraca, Dworkin exemplifica com a ordem de um tenente, dada a um sargento, para que este selecionasse seus cinco homens mais experientes, sem, entretanto, predefinir quais os critérios caracterizadores da experiência.

A segunda delas ocorre quando o uso do poder discricionário é destinado “apenas para dizer que algum funcionário público tem autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário” (DWORKIN, 2010A, p. 51). Exemplificando este tipo de poder discricionário, Dworkin cita o jogo de beisebol, onde certas decisões, como a de se saber se foi a bola ou corredor que chegou primeiro à segunda base, são atribuídas a cargo do poder discricionário do árbitro da segunda base, não cabendo sequer ao árbitro principal o poder de impor a sua própria percepção caso discorde daquela decisão.

Já em seu sentido forte, o poder discricionário ocorre “quando o juiz não está adstrito aos padrões fixados pela autoridade, dizem os positivistas que ele tem o poder discricionário para decidir do melhor modo que lhe parecer” (DIAS, 2018, p. 89). No mesmo sentido Streck e Motta, para quem

[...] Dworkin finalmente traça um sentido forte de poder discricionário, então compreendido como a ausência de limitações, ao seu titular, de quaisquer padrões (standards) estabelecidos por outra autoridade (STRECK e MOTTA, 2018, p. 161).

Essa “licença” para decidir, para além dos padrões normativos emitidos pela autoridade, consiste na possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação igualmente válidos ou admissíveis, mas esta autonomia não confere ao juiz uma liberdade irrestrita, pois deverá ainda motivar e justificar sua escolha, sob pena de, assim não o fazendo, estar superando a própria discricionariedade forte e mergulhando na arbitrariedade.

Portanto, para os positivistas, quando se está diante de casos fáceis, há uma resposta correta e, por conseguinte, nenhuma margem de autonomia judicial e ao juiz caberia aplicar uma operação lógica, de subsunção dos fatos à regra jurídica. Já nos casos difíceis, diante da incompletude do Direito, surge para o magistrado a discricionariedade, para avaliação e escolha entre diferentes e possíveis curso da ação e, nestes casos, o julgador busca fora do Direito padrões que serão a justificativa para sua decisão.

### 2.2.3 A insubordinação de Dworkin à tese hartiana de incompletude do direito: os princípios como padrões normativos a serem observados pelos juízes

Dworkin refuta a ideia de incompletude do Direito, e, por conseguinte, não aceita que aos juízes deva ser concedido um poder discricionário no sentido forte. Ele assegura que o Direito é muito mais que o sistema de regras jurídicas postas (*settled rules*) de Hart, não sendo aceitável que padrões “extrajurídicos” sejam os fundamentos para decisões em casos difíceis. Para ele, a ausência de uma lei ou um precedente judicial aplicável ao caso concreto não implica em dizer que inexistente uma resposta, mas apenas que o julgador deverá buscar padrões que estão além das regras jurídicas postas.

Dworkin defende, ainda, que existem outros padrões jurídicos além das regras jurídicas que são tão relevantes quantos elas, e que são rotineiramente usados pelos juízes e tribunais. Esses padrões também pertencem ao Direito, entretanto foram excluídos da teoria de Hart. Para Dworkin o teste de validade das normas de Hart, a quem rotulou de “teste de pedigree”, é falho, exatamente porque, na sua tentativa de separar o que é Direito ou não, deixou de fora aqueles padrões. Neste sentido Steiner (1976, p. 142):

O que Dworkin está dizendo é que um juiz se sentirá sujeito a deveres que geralmente não podem ser aceitos pelos cidadãos em geral, pelos funcionários do sistema jurídico ou pelos seus colegas juízes. Em particular, um juiz, ao decidir um caso, geralmente se sente obrigado a considerar outros materiais que não sejam regras legais com base em pedigree e, ocasionalmente, anular as regras legais com base na força desses outros materiais<sup>24</sup>.

Esses padrões (*standards*) não compreendidos na teoria do sistema jurídico de Hart são os princípios e as políticas. Para Dworkin, “política” significa um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente buscando a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Como “princípio”, denomina um padrão a ser observado por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2010A, p. 36).

Dworkin adverte que, com muita frequência utilizará o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todos os padrões que não são regras, e lança uma importante distinção para sua teoria: a distinção entre regras e princípios. Esta diferenciação tem fundamental importância, uma vez que sua acusação de incompletude à teoria de Hart é exatamente por ela

---

<sup>24</sup> No original: What Dworkin is saying is that a judge will feel himself subject to duties which may not generally accept by the citizenry at large, the officials of the legal system, or his brother judges. In particular, a judge, in deciding a case, will often feel bound to consider materials other than pedigreed legal rules and, on occasion, to overturn legal rules on the strength of these other materials.

ter incluído as regras, mas deixado os princípios de fora do Direito. Conforme Dworkin (2010A, p. 39):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Da definição de regra como aplicável à maneira do tudo ou nada é possível concluir que uma regra não aceita medidas ou graus de cumprimento, ou seja, ou é observada na íntegra, ou tem-se por violada. Por conseguinte, “*se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida*” (DWORKIN, 2010A, p. 43). Afinal, uma conduta não pode ao mesmo tempo ser proibida e permitida e, assim, havendo contradição entre duas regras, uma delas deverá ser excluída para que a outra mantenha sua validade.

Por outro lado, os princípios não funcionam assim. Um princípio pode ser aplicado ou não, e isso não significa a perda de sua validade. E isto porque os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Essa dimensão integra o próprio conceito de princípio, de forma que há sentido em perguntar diante do caso concreto que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2010A, p. 42-43).

Portanto, diferentemente das normas, quando dois princípios em tese são aplicáveis ao caso concreto, será aplicado o de maior peso, mas isso não implicará na exclusão do vencido do sistema jurídico para que o outro prevaleça. O princípio vencido em um caso difícil pode ser o vencedor em outro. Princípios, portanto, prevalecem ou não prevalecem. Para Dworkin se um princípio faz parte de um determinado sistema jurídico, ele deve ser levado em conta pelas autoridades públicas como se fosse uma razão capaz de inclinar uma decisão em uma ou outra direção (DWORKIN, 2010A, p. 42).

Finalmente, feita a distinção entre princípios e regras jurídicas, Dworkin defende que, na verdade, os princípios sempre estiveram “ali”, e em toda a parte. Eles são ensinados por professores de Direito, citados nos livros e celebrados por historiadores. Entretanto, os princípios parecem mais perceptíveis em questões judiciais difíceis, quando são nitidamente usados como argumentos que sustentam os julgamentos (DWORKIN, 2010A, p. 46).

Para exemplificar sua afirmação de uso de princípios pelos tribunais, como fundamento de justificação de decisões em casos difíceis, Dworkin faz menção ao caso *Riggs versus Palmer*, julgado em 1889, em um tribunal estadunidense. Em resumo, o caso consistia

na pretensão de um herdeiro nomeado no testamento do avô invocar o recebimento de seu legado, em que pese ter sido o legatário o próprio assassino do autor da herança.

Verificadas todas as normas pertinentes ao testamento, este estava perfeito, logo todas as formalidades legais estavam satisfeitas. Não havia qualquer lei que prevendo tal conduta proibisse o legatário de receber seu legado e, mesmo assim, levado o caso à Corte, não se permitiu o recebimento da herança. Sinteticamente, o tribunal reconheceu que a máxima social de que era vedado ao transgressor da lei se beneficiar de sua própria torpeza, neste caso, preponderava, vedando assim o recebimento do legado pretendido. Ao assim agir, a Corte americana conclui pela possibilidade de controle de uma lei e dos contratos por “máximas gerais” e fundamentos do *common law*, que Dworkin chama, em sua definição mais generalista, de princípios:

Além disso, todas as leis e todos os contratos podem ser controlados em sua operação e efeito por máximas gerais e fundamentais da lei comum. Ninguém poderá lucrar com sua própria fraude, ou tirar proveito de seu próprio erro, ou fundar qualquer reclamação por sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade por seu próprio crime. Essas máximas são ditadas pelas políticas públicas, têm sua base na lei universal administrada [\* 512] em todos os países civilizados e nunca foram substituídas por estatutos. Eles foram aplicados na decisão do caso da *New York Mutual Life Insurance Company v. Armstrong* (117 U. S. 591). Ali se sustentava que a pessoa que adquiriu uma apólice sobre a vida de outra pessoa, pagável após sua morte, e depois a assassinou para tornar a apólice pagável, não pôde recebê-la. O juiz FIELD, escrevendo o parecer, disse: "Independentemente de qualquer prova dos motivos de Hunter em obter a apólice, e mesmo assumindo que eles eram justos e adequados, ele perdeu todos os direitos sob ela quando, para garantir seu pagamento imediato, assassinou o assegurado. Seria uma censura à jurisprudência do país se alguém pudesse recuperar o dinheiro do seguro devido à morte de uma pessoa cuja vida ele havia tirado criminosamente. Como também se ele pudesse recuperar o dinheiro do seguro de um prédio que ele intencionalmente incendiou" (EUA, 1889)<sup>25</sup>.

Para realçar sua tese de que os princípios não são aplicados como as leis, na base do tudo ou nada, mas devido à sua importância e peso no caso concreto, Dworkin ainda

---

<sup>25</sup> No original: Besides, all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered [\*512] in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes. They were applied in the decision of the case of the *New York Mutual Life Insurance Company v. Armstrong* (117 U. S. 591). There it was held that the person who procured a policy upon the life of another, payable at his death, and then murdered the assured to make the policy payable, could not recover thereon. Mr. Justice FIELD, writing the opinion, said: "Independently of any proof of the motives of Hunter in obtaining the policy, and even assuming that they were just and proper, he forfeited all rights under it when, to secure its immediate payment, he murdered the assured. It would be a reproach to the jurisprudence of the country if one could recover insurance money payable on the death of a party whose life he had feloniously taken. As well might he recover insurance money upon a building that he had willfully fired.

exemplifica que o mesmo princípio usado para decidir o caso de Riggs versus Palmer (que nenhum homem deve se beneficiar de seus próprios erros) não é utilizado em casos de usucapião, abandono de emprego e fuga sob fiança para cruzar a fronteira e fazer um investimento brilhante. Em todos esses, a conduta antecedente em desconformidade com a lei (ocupação indevida de uma área, abandono injustificado de emprego e fuga sob fiança) não priva o transgressor das consequências jurídicas que lhe são favoráveis (aquisição de direito real, maior salário e dividendos do investimento, respectivamente) (DWORKIN, 2010A, p. 40).

Após apresentar os princípios como presentes nas decisões judiciais, especialmente nos casos difíceis, tornando, portanto, isto uma premissa de sua teoria, Dworkin desenvolve um interessante raciocínio para integrar os princípios ao seu conceito do Direito. Para isto ele elege duas linhas de ataque à questão: a primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes e, portanto, os julgadores laborariam em erro ao não lhes aplicar em casos que se mostrassem pertinentes.

A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, utilizam como princípio de julgamento, quando, diante da incerteza de leis, são obrigados a ir além dos padrões que estão vinculados.

Se a primeira alternativa for acolhida, pode-se afirmar que os juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios e, portanto, aplicando direitos e obrigações jurídicas. Sendo a segunda alternativa usada, será forçoso admitir que juízes e tribunais, usando de um poder discricionário forte, agem para além do Direito, criando obrigações jurídicas e aplicando-as *ex post facto* (DWORKIN, 2010A, p. 48-49).

A teoria de Hart, como já descrita neste texto, sustenta-se na hipótese de um poder discricionário conferido aos magistrados e, portanto, diante dos casos difíceis, os juízes estão autorizados a buscar uma solução fora do Direito, baseada na racionalidade jurídica, podendo-se valer de convicções pessoais, fundamentas em diversas matrizes. Ou seja, ao valer-se dos princípios os juízes não aplicam direitos e obrigações preexistentes, mas criam o Direito para o caso concreto, a partir de elementos extrajurídicos. E Dworkin põe esta teoria em xeque.

Para este último, não se pode buscar a solução fora do Direito, mesmo em casos difíceis, afinal as partes não podem ser surpreendidas com obrigações jurídicas criadas *ex post facto*. Para que essas soluções estejam no próprio Direito, rechaçando a teoria hartiana, Dworkin defende que não se limita as regras, mas abrange outros padrões, que denominou genericamente de princípios, os quais são aptos para justificar os julgamentos dos casos difíceis.

Com esse raciocínio, Dworkin afasta a teoria da discricionariedade forte e ao mesmo tempo alarga o conceito de Direito para nele incluir os princípios e, assim, elabora sua teoria

do direito como um conceito interpretativo e argumentativo, pois o funcionamento dos princípios já seria um caso especialmente ilustrativo dessa nova concepção de direito<sup>26</sup>. Sintetizando a divergência entre Hart e Dworkin, Posner (2012, p. 145) afirma que:

Quando deparam com causas que não são, portanto, “regulamentadas juridicamente” (p.252) [referência ao “O conceito de Direito”], os juízes exercem sua discricionariedade. Na verdade, nessas causas, eles atuam como legisladores – as pessoas que criam normas. Por serem legisladores *não eleitos*, eles têm o dever de proceder com modéstia quando percebem que suas decisões terão caráter legislativo. Se por outro lado, os juízes não criam, mas simplesmente aplicam o direito ao decidir uma causa, estão agindo dentro do âmbito de sua competência profissional e da função que lhe é autorizada, por isso não precisam atuar com timidez. Essa é a opinião de Ronald Dworkin. O direito não compreende somente as normas estabelecidas por assembleias legislativas e outras autoridades promulgadoras de normas jurídicas formais, mas também os princípios [...].

Assim, é possível concluir que, na teoria hartiana, o juiz, nos casos difíceis, está autorizado a agir com discricionariedade, criando o Direito, devendo, entretanto, fazê-lo como um legislador consciencioso; ao passo que, para Dworkin, o juiz, mesmo nos casos difíceis, não está autorizado a criar o Direito, mas a encontrá-lo em outros padrões para além das regras jurídicas (aqui entendidas como normas estabelecidas pelo Poder Legislativo e outras autoridades promulgadoras), aos quais chamou de princípios. É importante, ainda, destacar que, para Dworkin (2010A, p. 119):

O ponto não é que o ‘direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o ‘direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem em determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira.

Para o jusfilósofo norte-americano, o ponto é descobrir se a pessoa tem ou não um direito ou um dever jurídico e, se o tiver, ele deve ser assegurado pelo poder público e, especialmente, pelos juízes, por uma imposição de moralidade política, que surge, no campo do discurso jurídico, sob a forma de princípios, especialmente nos casos difíceis, onde, repita-se, para ele, o juiz não cria um Direito, mas busca encontrar os melhores princípios que justifiquem a sua tomada de decisão.

---

<sup>26</sup> Conforme Macedo Junior (2013, p. 164): “O que é relevante asseverar é que os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como seu foco intencional determinante.

Para Dworkin, esta é a grande falha na teoria de Hart: admitir que, se não há um dever legal incontroverso, pode não haver dever algum e, assim, a textura aberta das normas permitiria juízes praticarem atos típicos de legisladores e insuscetíveis de contestação, já que se estaria diante de um Direito novo. E, obviamente, não havendo direito pretérito, ao vencido não há o que objetar. Neste caso, qualquer que seja a decisão do juiz, não há que se falar em acerto ou erro, uma vez que não estando seu conteúdo determinado por uma regra, ao juiz cabe uma escolha, a partir de padrões extrajurídicos (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 161).

Na contramão desta conclusão positivista, para o autor norte americano, quando juízes decidem um caso, eles não pretendem apenas produzir uma argumentação e uma decisão boa ou sustentável (fundamentada), dentre outras possíveis, mas sim produzir um argumento correto, o melhor argumento, consoante o direito.

A possibilidade de criação do Direito pelo juiz, portanto, a discricionariedade, é o ponto fulcral de seu ataque ao positivismo renovado de Hart e não propriamente à inclusão de mais um padrão de decisão ao Direito. É por isso que este corte epistemológico do famoso debate Hart x Dworkin é tão caro a esta dissertação, afinal, o que se pretende aqui, é apresentar uma proposta hermenêutica para interpretar o artigo 5º da Lei de Alienação Parental que possa garantir o direito fundamental de crianças e adolescentes de manterem a convivência com a família paterna e materna e, a depender da matriz teórica escolhida, hartiana ou dworkiniana, diferentes serão os efeitos.

#### **2.2.4 A superação do critério da discricionariedade forte como fundamento para as decisões judiciais em casos difíceis: dos princípios como indutores para a resposta correta aos desacordos teóricos**

É fato que o ataque de Dworkin ao positivismo sofisticado de Hart sofreu réplica<sup>27</sup>, bem como foi refutado por outros importantes juristas, entre eles Joseph Raz, David Lyons, Philip Soper, Jules Coleman e Scott Shapiro. O próprio Hart, em sua réplica, admitiu ter dado menos ênfase do que poderia ao papel dos princípios no bojo de um sistema jurídico, afirmando, em sua resposta às críticas de Dworkin o seguinte: “admito agora, como um defeito deste livro, que a questão dos princípios só é abordada de passagem”.

Entretanto, o jusfilósofo inglês sustentou, como muitos dos seus defensores, que essa parcimônia não traz nenhuma consequência séria para sua teoria como um todo (HART, 2009,

---

<sup>27</sup> Hart demorou para responder as críticas de Dworkin, de fato somente após sua morte com a publicação do Pós-Escrito à “O Conceito de Direito” é que houve uma consolidação de sua réplica.

p. 335). Com efeito, para algumas correntes do positivismo, que ficaram conhecidas como positivismo soft, brando ou inclusivo, bastaria uma adaptação marginal da teoria de Hart, com a inclusão dos princípios no conceito de norma, para que se concluísse que não havia um enfrentamento substancial de suas ideias.

Demais disso, não se pode perder de vista, também, que a caracterização das regras jurídicas de Hart como sendo do tipo “tudo ou nada” advém de Dworkin, e que esta interpretação foi textualmente refutada por Hart (HART, 2009, p. 339):

Muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não-conclusiva. Mas, ao usar a palavra “norma”, não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou quase conclusivas. Não apenas chamei a atenção (ver pp. 169-73 deste livro) para o que denominei (talvez de modo infeliz) “padrões jurídicos variáveis”, que especificam fatores a serem considerados e ponderados em relação a outros, mas também tentei (ver pp. 173-4) explicar por que algumas áreas da conduta se prestam melhor à regulamentação, não através de padrões variáveis, como a “precaução devida”, mas através de normas quase conclusivas, que proíbem ou exigem sempre os mesmos atos específicos, exceto em casos muito raros. Por isso temos normas contra o assassinato e o furto, e não simples princípios ditando o devido respeito pela vida humana e pela propriedade.

Como se vê acima, a interpretação que Dworkin conferiu às normas de Hart, como sendo do tipo “tudo ou nada”, é mais restrita do que pretendeu o jusfilósofo inglês, que não excluiu de sua teoria a existência de padrões jurídicos variáveis. Por conseguinte, nada objetaria que um sistema jurídico do tipo hartiano reconhecesse que uma regra válida definisse um resultado nos casos em que incidisse, salvo quando outra regra, reconhecida como mais importante, fosse também aplicada ao mesmo caso (HART, 2009, p. 339). Ou seja, nada impediria que um sistema reconhecesse tanto normas “não conclusivas” (ou princípios) como “quase conclusivas” (regras, no sentido mais restrito, como apresentado por Dworkin).

E para Hart, o positivismo jurídico não nega que, em alguns sistemas jurídicos avançados, o critério último de validade possa incorporar, explicitamente, além do teste das fontes, princípios de justiça ou valores morais substantivos, logo estes adendos não excluem sua tese da regra de reconhecimento, conforme mencionado, uma vez que esta pode derivar sua autoridade para além de fatos históricos (*plain facts*), o que teria, segundo Hart, sido ignorado por Dworkin em sua ofensiva (MOTTA, 2018, p. 129).

Dworkin percebeu a densidade das críticas que recebeu e foi reformulando seus argumentos, apresentando outra versão de seu ataque ao positivismo. Ciente da perda da força de seu argumento inicial, ele mudou sua estratégia de argumentação, sem perder de vista sua

afirmação central de que o Direito não é incompleto como afirmam os positivistas e que sempre há uma resposta nele para a solução das disputas judiciais, ratificando, assim, a sua repulsa a discricionariedade judicial.

Afinal, conforme exposto até aqui, para a teoria hartiana as obrigações jurídicas derivam de regras primárias, previamente estabelecidas, validadas por uma regra de reconhecimento e, portanto, não existindo ou não sendo válida a norma primária, não existe obrigação. De outra forma, é possível afirmar que os casos evidentes ou fáceis (simples, de repetição reiterada, e onde há lei regulamentadora) reproduzem direitos e obrigações previamente estabelecidas e, portanto, de fácil previsão quanto às consequências jurídicas de sua desobediência.

Por outro lado, nos casos difíceis, de penumbra ou mesmo vagueza da lei, o juiz fica autorizado a ir além do Direito, criando uma obrigação para o caso concreto, agindo como um legislador consciencioso. Portanto, a solução apresentada por Hart para a questão, que chamou de textura aberta das leis, especialmente para os casos difíceis, foi a discricionariedade judicial.

Por outra ótica, Dworkin, desde seu primeiro ataque ao positivismo, defendeu que mesmo na incerteza ou ausência de lei em seu sentido estrito, o juiz não busca a solução jurídica fora do Direito, uma vez que deverá construir sua decisão pautada em outros padrões, aos quais denominou princípios, que, semelhantemente às regras, fazem parte do Direito. Logo, ao perquirir soluções para os casos difíceis, os juízes estariam dentro da esfera do Direito e longe de um poder discricionário, mas sim sob a circunscrição de elementos tão obrigatórios quanto as regras, devendo verificar, caso a caso, a pertinência e o peso de determinado princípio jurídico eventualmente aplicável.

Ocorre que, com a réplica de Hart e as críticas de outros juristas, o ataque dworkiniano ao positivismo jurídico, em sua primeira formulação, perdeu muito de sua força, pois, de fato, é bastante defensável que a mínima retificação da teoria de Hart, com a inclusão dos princípios no seu conceito de norma, tornaria insípida a principal tese do “Modelo de Regras I”.

A partir de então, sem que com isso Dworkin afirme, explicitamente, que abandonou a argumentação anterior, ele passa a esboçar uma nova crítica e, percebendo que ela é mais consistente que a primeira, segue em seu desenvolvimento até que publica, em 1986, o livro intitulado “O Império do Direito”, que inaugura uma nova fase de sua crítica ao positivismo de Hart, podendo esta obra, por conseguinte, ser compreendida como um marco simbólico de um segundo round do debate Hart x Dworkin.

Nesta nova fase do debate, reinaugurada pela “tréplica” de Dworkin, seu ataque ao positivismo não mais se dá pela suposta ausência dos princípios no conceito de norma, mas sim

da sustentação de que, na prática jurídica, existem desacordos teóricos que o positivismo jurídico não consegue explicar e isto porque as teorias positivistas estariam bloqueadas por aquilo que o jusfilósofo norte-americano chamou de agulhão semântico (*semantic sting*). Dworkin manteve, ainda, a sua aversão ao poder discricionário dos juízes.

Nesta nova rodada de argumentos, o primeiro conjunto conceitual apresentado é a ideia de desacordos teóricos no Direito. Para explica-los, Dworkin inicia distinguindo as questões apresentadas quando os magistrados decidem disputas judiciais. Segundo ele, três, portanto, seriam, os tipos de questões, sobre as quais os juízes poderiam concordar ou discordar, sendo elas: questões de fato, questões de direito e questões relacionadas à moralidade e fidelidade.

As questões de fato são apresentadas quando os juízes precisam discutir fatos concretos e históricos, ou seja, fatos empiricamente determináveis. Quando este é o tipo de desacordo, a discussão se restringe em saber se um determinado fato ocorreu ou não, como, por exemplo, se ocorreu um dano ao patrimônio. A apropriação deste fato resolve a controvérsia.

As questões de moralidade e fidelidade ocorrem quando a discussão se dá sobre o que é certo e o que é errado, justo ou injusto, e se tal situação deve ser mantida ou não pelos juízes envolvidos.

Para Dworkin, estes dois tipos de questões não causam maiores problemas explicativos quanto aos desacordos, logo o ponto estaria na discussão sobre as questões de direito. Agora, quando advogados e juízes parecem divergir sobre a lei que rege um caso, afinal, eles estariam divergindo sobre o que?

No intuito de responder a esta questão, Dworkin apresentou duas conceituações, que chamou de proposições jurídicas (*propositions of law*) e fundamentos do direito (*grounds of law*). A primeira delas definiu como sendo “as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhe permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 2014, p. 6). Já os fundamentos do direito ele definiu como sendo as proposições que tornam as proposições jurídicas verdadeiras.

Postos estes conceitos, Dworkin sustenta duas maneiras pelas quais advogados e juízes poderiam divergir sobre a verdade de uma proposição jurídica. Em suas palavras:

Eles poderiam estar de acordo sobre os fundamentos do direito – sobre quando a verdade ou a falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa -, mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados em um determinado caso. Advogados e juízes podem concordar, por exemplo, que a velocidade limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto a existência de tal lei na legislação estadual vigente. Poderíamos dar a isso o nome de

divergência empírica sobre o direito. Ou eles poderiam discordar quanto aos fundamentos do direito, sobre qual outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o direito (DWORKIN, 2014, p. 8).

Os desacordos empíricos, portanto, como defendidos por Dworkin, não provocam grandes problemas filosóficos, uma vez que são explicados e resolvidos recorrendo-se a fatos concretos históricos, empiricamente verificáveis, como no caso de se saber se na Califórnia existe legislação formalmente aprovada pelo legislativo que limita a velocidade em 90 quilômetros por hora. Diferentemente é o desacordo teórico, pois este é uma controvérsia sobre os próprios fundamentos do direito, ou seja, sobre aquilo que valida uma proposição jurídica como verdadeira. À guisa de exemplo, pode-se concordar que uma lei brasileira proíbe o fumo em locais fechados, entretanto discordar sobre o que a lei realmente é, sobre os direitos e deveres que cria ou limita.

Ora, a partir da matriz dworkiniana, é possível concluir que, considerando que o pressuposto de verdade de uma proposição jurídica é o próprio conceito de Direito, os fundamentos do Direito também correspondem àquilo que é tido ou não como sendo Direito em uma determinada comunidade e, por conseguinte, incide sobre a natureza do próprio Direito. Assim, quando magistrados debatem o que conta como Direito em um determinado contexto, estão, de fato, em desacordo teórico (RODRIGUES e PENNA, 2018, p. 17).

Assim, Dworkin avança com seu novo ataque ao positivismo, agora por considerar que este negligenciou a existência dos desacordos teóricos ou, quando menos, os limitaram a desacordos empíricos, reduzindo assim a visão do Direito como sendo uma simples questão de fato (*plain-fact view*). Portanto, segundo esta visão, “o Direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado” (DWORKIN, 2014, p. 10). Por conseguinte, ainda segundo esta visão, existe como simples fato e não depende daquilo que deveria ser e assim nunca depende da moralidade.

A teoria da simples questão de fato diz que o Direito existe “aí no mundo”, independentemente de qualquer teoria (GUEST, 2010, p. 213). Logo, pode ser abstraído por meio de um simples processo de observação empírica, e, por conseguinte, os “desacordos teóricos” não passariam de mera ilusão. Assim, quando juízes e advogados estivessem em

desacordos de como o Direito deveria ser, de fato estariam divergindo sobre questões do dever ser e, portanto, de moralidade, mas não de Direito.

Dworkin, por sua vez, sustenta que os desacordos teóricos são reais e cada vez mais observáveis na prática judiciária.

Na defesa da teoria da simples questão de fato, filósofos do Direito sustentam que todos seguimos regras linguísticas comuns quando usamos determinadas palavras, de forma consciente ou não. E mais, nossas regras para o uso da palavra “Direito” o ligam a fatos históricos. Finalmente, na tentativa de esclarecer quais são os critérios linguísticos que identificam o uso da palavra “Direito”, aqueles filósofos criaram teorias de como alcançá-los. A estas teorias Dworkin chamou de teorias semânticas, apontando o positivismo como o seu exemplo mais poderoso. Estas teorias semânticas, por sua vez, pressupõem a existência de um acordo fundamental prévio à discussão sobre o Direito, pois se assim não fosse não se estaria falando de Direito e os juízes e os advogados não estariam debatendo sobre a mesma coisa.

O Positivismo, pois, para Dworkin, é uma teoria semântica porque pressupõe um acordo prévio sobre os critérios de identificação do Direito, estando o positivismo renovado de Hart entre eles, com sua tese das fontes.

Ainda segundo Dworkin, os positivistas, para descredenciar a tese da existência de desacordos teóricos, acabam por simplificar os desacordos como sendo meramente empíricos (os quais poderiam ser resolvidos pela apropriação dos fatos históricos, como sendo uma simples questão de fato, sobre como as instituições jurídicas decidiram no passado) ou de moralidade e fidelidade, e este seria o seu maior engano: deixar de lado o debate sobre o que são os fundamentos do direito, ou seja, aquilo que tornam as proposições jurídicas verdadeiras ou falsas.

Para o jusfilósofo americano, os positivistas sofrem com um bloqueio que os impele a acreditar que somente supondo um acordo prévio antes de falar a palavra “Direito”, os sujeitos estariam falando da mesma coisa. A este bloqueio Dworkin chamou de agulhão ou ferrão semântico (*semantic sting*). Desta forma, este bloqueio impediria os positivistas enxergarem que, de fato, existem desacordos teóricos, ou seja, desacordos sobre aquilo que é o fundamento do próprio Direito.

Em resumo, para Dworkin, os positivistas, ou aqueles que foram “ferroados” pelo agulhão semântico, acabaram por ser envenenados por uma forma de ver o Direito que os impede de enxergar a existência e a frequência dos desacordos teóricos sobre os fundamentos do direito na prática jurídica. E mais, que a natureza dessa prática é interpretativa

(RODRIGUES e PENNA, 2018, p. 24). A tese da convenção dos positivistas, consoante a teoria dworkiniana:

[...] não se sustenta quando os membros de comunidades específicas, que compartilham práticas e tradições, produzem e debatem afirmações sobre as melhores interpretações de tais práticas e tradições – quando divergem, melhor dizendo, sobre aquilo que alguma tradição ou prática realmente requer em circunstâncias concretas.

A partir dessas considerações, é possível inferir que mesmo práticas reiteradas em uma comunidade, referendadas no tempo, a qualquer momento, podem ser questionadas quanto à sua finalidade, logo elas devem ter um significado, o melhor significado possível, o que melhor expresse os anseios de seus praticantes. Segundo a teoria dworkiniana, “as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado” (DWORKIN, 2014, p. 58), ou seja, trata-se de um exercício interpretativo e argumentativo, afinal compreende-se a prática, reflete-se sobre ela, eventualmente propõe-se a sua ressignificação e argumenta-se neste sentido, tudo no sentido de que ela apresente à sua “melhor luz”.

A tese de Dworkin é a de que o argumento jurídico é completamente moral, de sorte que não dá para identificar o Direito sem fazer alegações morais e éticas. Para ele, o estudo conceitual do Direito não tem como ser meramente descritivo como pretende Hart, afinal estudar um conceito é também interpretá-lo e, no caso do Direito, fazer alegações substantivas para sustentar essa interpretação (MOTTA, 2018, p. 133).

Para Dworkin, o Direito, primariamente, diz respeito à justificação moral da coerção estatal, logo a mera descrição de regras é insuficiente para justificá-la, sendo necessário que ele imponha obrigações morais capazes de fazer com que o indivíduo se conforme com as suas exigências. Logo, é interpretativo, e deve ser legitimado por uma justificação moral. Nas palavras de Guest (2010, p. 7):

[...] a teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes. Sua teoria da justiça é que todos os juízos políticos devem, em última instância, basear-se na injunção de que as pessoas são iguais como seres humanos, independentemente das circunstâncias em que nascem.

Em conclusão, para Dworkin, o Direito, como prática social, é interpretativo, dinâmico, apesar de não descuidar da própria história das instituições e suas interpretações. E o grande desafio dos juízes passa a ser como encontrar a resposta correta, ou a melhor resposta diante dos desacordos teóricos, quando se discute sobre o próprio fundamento do Direito, ou

seja, aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira ou falsa. É na esperança de apontar o caminho para essa tarefa hercúlea que Dworkin lança a sua teoria do direito como integridade.

### 2.2.5 O direito como integridade

Conforme já explicitado nesta dissertação, para Dworkin esta é a grande falha na teoria de Hart: admitir que se, não há um dever legal incontroverso, pode não haver dever algum e, assim, a textura aberta das normas permitiria juízes praticarem atos típicos de legisladores e insuscetíveis de contestação, tendo em vista que se estaria diante de um Direito novo e, obviamente, não havendo direito pretérito, ao vencido não há o que objetar.

Neste caso, qualquer que seja a decisão do juiz, não há que se falar em acerto ou erro, uma vez que não estando seu conteúdo determinado por uma regra, ao juiz cabe uma escolha a partir de padrões extrajurídicos (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 161).

Na contramão desta conclusão positivista, para o autor norte americano, quando juízes decidem um caso, eles não pretendem apenas produzir uma argumentação e uma decisão boa ou sustentável (fundamentada), dentre outras possíveis, mas sim produzir um argumento correto, o melhor argumento, consoante o que é o direito. Por conseguinte, Dworkin defende que há sempre uma resposta mais correta, e que ela é um direito das partes e um dever do juiz, e finalmente que a resposta correta está no Direito compreendida como algo para além de um sistema de normas postas. Para ele (2014, p. 254):

[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político.

Segundo a teoria dworkiniana, deve-se buscar uma “coerência de princípio”, valorizada por si mesma, estendendo-se do legislador ao juiz, expressa em dois princípios: o princípio da integridade na legislação, que almeja que os legisladores mantenham o Direito coerente quanto aos princípios; e o princípio da integridade no julgamento, que admoesta os responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido (MOTTA, 2018, p. 137-138). No mesmo sentido, Guest afirma que (2010, p. 51):

A integridade existe em dois níveis. Ela é um princípio legislativo que diz aos legisladores que simples barganhas entre justiça e imparcialidade estão erradas e um princípio adjudicativo que diz aos juízes e, portanto, aos advogados, que façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente.

É verdade que a integridade não seria necessária como uma virtude política distinta em um Estado ideal. Com efeito, em um Estado utópico, a coerência já estaria garantida, pois as autoridades fariam sempre o que fosse perfeitamente justo, de forma imparcial. Entretanto, na política comum, no Estado real, é necessário tratar a integridade como um ideal independente, pois ela pode entrar em conflito com outros ideais. Por exemplo, pode ser necessário apoiar uma legislação que considerariamos inadequada, em uma sociedade integralmente justa, imparcial, ou que reconheçamos direitos, que segundo nossas próprias crenças, os membros de uma comunidade não teriam (DWORKIN, 2014, p. 214).

Como encontrar a resposta correta e não apenas uma resposta justificável entre outras possíveis, portanto, passa a ser o grande desafio dos juízes. É na esperança de apontar o caminho para essa tarefa hercúlea que Dworkin lança a sua teoria do direito como integridade.

Por outro lado, uma teoria que sustenta a existência de uma resposta correta no Direito apresenta-se, sem dúvida, como uma teoria nada popular e isto se aplica porque faz parte do senso comum dos juristas, e especialmente da população em geral, que o Direito não é uma ciência exata e, por isso, é possível existirem respostas diversas, igualmente corretas, para casos iguais (SIMIONI, 2014, p. 330).

Neste sentido Cappelletti (1999, p. 22), ao tratar de incertezas, ou lacunas da lei afirmou que: “tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambiguidades. Para fazer isso, deve fazer escolhas [...]”. Portanto, como se vê, a teoria de Dworkin, na contramão deste “senso comum”, refuta a tese positivista da escolha que confere aos juízes um verdadeiro poder discricionário; para ele há, sim, uma única resposta correta no Direito. Nas palavras de Simioni (2014, p. 330):

[...] A possibilidade de várias respostas corretas é um problema que acontece só no âmbito do positivismo jurídico, que trabalha com análises linguísticas. E, naturalmente, no nível da análise linguística, sempre serão possíveis várias interpretações sobre um mesmo fato. Entretanto no nível da sua teoria [de Dworkin], que assume uma atitude hermenêutica que não despreza as convicções mais originais e intuitivas de moralidade política da comunidade, o ideal da decisão jurídica correta pode ser atingido.

Com efeito, defender que, nos casos difíceis, o juiz está autorizado a usar de discricionariedade, em seu sentido forte, é supor a inexistência de uma obrigação jurídica ou de um verdadeiro Direito, que somente seriam criados a partir da decisão discricionária do julgador e, por conseguinte, admitir este Direito como forma de legislação *ex post facto*.

Assim, a teoria de Dworkin não pretende apresentar uma fórmula, um algoritmo a ser seguido, que uma vez aplicado tenha como consequência uma correspondência unívoca com

uma única resposta. Sua teoria nada tem a ver com um silogismo, não é do tipo “se A, então B”. Dworkin apresenta sua teoria como sendo uma teoria política, ou melhor dizendo, na forma de uma hermenêutica política: uma concepção hermenêutica como um empreendimento político adequado e justificado em sólidos e convincentes princípios de moralidade política da comunidade (SIMIONI, 2014, p. 331). Para o jusfilósofo estadunidense, aquele empreendimento não pode prescindir do valor político da integridade, este entendido como um valor político distinto e tão importante quanto a justiça e a equidade.

Segundo Dworkin, o valor político da integridade tem uma tarefa central para além de estabelecer uma teoria geral da decisão ou do âmbito da legislação: possui a tarefa de estabelecer as bases da legitimidade do poder político estatal. Para ele, o objetivo principal do Direito é justificar a coerção estatal e isto só é possível em uma comunidade que reconheça obrigações recíprocas entre seus membros, todos merecedores de igual consideração e respeito pela comunidade política personificada e por cada cidadão que a integre. É deste conjunto de obrigações associativas que o autor estadunidense deriva o valor político da integridade.

Para Dworkin, repisa-se, a integridade pode ser decomposta em dois princípios: um princípio legislativo e outro de aplicação do Direito. O primeiro exige que legisladores se esforcem para tornar o conjunto de leis moralmente coerente; o segundo exige das autoridades que aplicam o Direito, principalmente os juízes, que construam suas interpretações de modo moralmente coerente (BUSTAMANTE, 2018, p. 115).

Nesta dissertação, como já anunciado, o foco é dirigido ao segundo princípio, ou seja, na interpretação, especialmente dos magistrados, para a aplicação do Direito. Afinal, o foco deste ensaio é responder à pergunta de que em sendo o artigo 5º da Lei de Alienação Parental um texto normativo essencial para a garantia de direito fundamental da criança e do adolescente, como ele pode ser interpretado para melhor garantir esses interesses.

Semelhantemente, o segundo princípio, o da coerência na aplicação do Direito, também é o de maior interesse para Dworkin, conforme ele mesmo declarou em sua obra “O Império do Direito”, ao dizer que o segundo princípio é mais difícil de se justificar que o primeiro, uma vez que o princípio legislativo, conforme se extrai da seguinte citação: “nosso maior interesse é o princípio jurisdicional [...] o princípio legislativo faz parte de nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo” (DWORKIN, 2014, p. 213).

Pode-se então dizer, em síntese, a partir de uma perspectiva dworkiniana, que uma boa concepção de Direito deve explicar o que é necessário para que ofereça uma justificativa adequada para coerção estatal, o que, nesta perspectiva, é impossível de ser feito com êxito sem

o valor político da integridade. Neste sentido, Dworkin, à semelhança de Hart, não nega que o Direito seja uma prática social, entretanto sustenta que sua complexidade, sua função e suas consequências dependem de uma característica ímpar de sua estrutura.

Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis - porque sem sentido - sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações. Esse aspecto argumentativo crucial da prática do direito pode ser estudado de duas maneiras, ou a partir de dois pontos de vista. Um deles é o ponto de vista exterior do sociólogo ou do historiador, que pergunta por que certos tipos de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas ou circunstâncias, e não em outras, por exemplo. O outro é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reivindicações (DWORKIN, 2014, p. 17-18).

Resta claro, portanto, que, para Dworkin, o Direito é uma prática interpretativa, logo não é um sistema de regras *tout court*. O Direito circunscreve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação. Por corolário desta teoria, as controvérsias jurídicas são, de regra, desacordos teóricos, sobre qual concepção do Direito é a que melhor interpreta uma prática social, normativa e real e, simultaneamente, mantém uma certa adequação com um conjunto de práticas socialmente compartilhadas que servem de medida ou paradigma.

Em outras palavras, a gramática do jogo jurídico, envolve mais que uma prática social normativa, mas implica também que esta seja interpretativa, e não apenas convencional, como defendem os positivistas (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 213).

Ciente da grandeza da tarefa hermenêutica que propõe, Dworkin, certamente não por coincidência, utiliza a metáfora de um juiz ideal, de nome Hércules. Esse juiz ideal está livre de problemas do cotidiano forense, como tempo, infraestrutura, formação, excesso de trabalho, carreira, ou seja, aqueles que estão submetidos todos os juízes do mundo real. Hércules encontra a resposta certa do Direito para os casos que julga, na virtuosidade de sua força, na sua coragem e integridade em afirmar e justificar os direitos, mesmo quando contrariando os objetivos políticos de um governo democrático (SIMIONI, 2014, p. 331).

Hércules primeiro constrói um sistema político completo, com uma constituição e tribunais e, em seguida, pergunta que papel o juiz deve desempenhar e que precedentes devem ser seguidos. Esse juiz, ainda, decide qual força gravitacional dos precedentes é apropriada para

suas decisões e, finalmente, ao fazer um julgamento, quando duas ou mais interpretações parecerem igualmente boas, Hércules deve escolher aquela que estiver baseada na melhor prática da comunidade como um todo, sob a melhor luz do ponto da filosofia moral e política (DOREN, 1980, p. 301) .

Hércules é um indicador complexo daquilo que é o Direito, diferentemente da regra de reconhecimento, e esta é a dificuldade que as pessoas têm com ele. Com efeito, por meio deste super juiz, Dworkin apenas fornece um esquema de argumento que alguém poderia usar em um tribunal. Logo, ele não é capaz de fornecer um conjunto de premissas a partir das quais conclusões pudessem ser extraídas, por meio de indução, e isto porque, Dworkin não acredita que o direito seja assim (GUEST, 2010, p. 51).

Apesar da notória envergadura da tarefa interpretativa proposta por Dworkin, ela não é incompreensível, indefensável ou mesmo irrealizável. Seu ponto de partida, como de todas teorias hermenêuticas, é o caso concreto. Sua teoria assume a perspectiva do julgador que tem em mãos um caso e precisa encontrar a resposta mais correta. Nas palavras de Dworkin (DWORKIN, 2014, p. 1-2):

[...] É importante o modo como os juízes decidem os casos [...] Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo.

Partindo desse viés prático, a teoria dworkiniana permite o trânsito livre entre problemas do positivismo de Hart, especialmente a questão da legitimidade democrática (juízes não foram eleitos para legislar, logo não podem criar direitos), e da discricionariedade judicial.

E, por entender que a crença no poder judicial discricionário acaba por se opor à existência de princípios (que são jurídicos, segundo Dworkin), é que este objeta, com tanto vigor, a tese positivista. A rigor, embora se possa alegar que tanto princípios como políticas públicas possam subsidiar decisões judiciais, somente nos princípios se pode encontrar o argumento de coerência que se esperaria de um sistema jurisdicional equitativo (DIAS, 2017, p. 706-707).

Logo, para Dworkin, diante de casos difíceis, o argumento jurídico será desenvolvido a partir de uma tensão entre duas dimensões de argumentos: a primeira que argumenta em direção a um “ajuste” (fit) justamente com relação àquilo que é aceito como Direito “estabelecido” e a outra que argumenta no sentido de questões substantivas de moralidade política.

Segundo Dworkin, afinal, o Direito é um conceito interpretativo e, sendo assim, por esta natureza, não é plenamente entendido sem que a ele seja reconhecido um significado, que uma mera descrição não pode lhe dar. Logo, o caminho mais rápido para os conceitos interpretativos é através da ideia de algo “ter um sentido” (point) (GUEST, 2010, p. 28-29).

De toda essa compreensão, conforme Dworkin, a escolha da melhor interpretação possível está na moralidade, pois, para ele, o melhor sentido do direito é o seu sentido moral.

Entretanto, o uso dessa moralidade não pode ser discricionário, não pode ser mera convicção pessoal do julgador do que seria justo para o caso que tem em mãos, e muito menos pode ser compreendida como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas públicas do governo.

A construção de Dworkin, nesse aspecto, é bastante refinada e exigente em termos de coerência e integridade. O Direito é uma atitude interpretativa, que inevitavelmente faz aflorar as convicções morais pessoais do juiz e que exige o confronto dessas convicções com convicções superiores, que são os princípios da moralidade política da comunidade em que ele está inserido enquanto autoridade.

Assim, o sentido do Direito passa então a ser uma questão de princípios, ou seja, uma questão de interpretação coerente de princípios, e já não mais uma aparente simples questão semântica de subsunção de fatos a tipos previstos em uma norma positiva (SIMIONI, 2014, p. 337). A melhor resposta, portanto, segundo Dworkin virá da melhor interpretação do direito.

E, para fazer essa melhor interpretação

[...] a noção de “direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o seu significado; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas (STRECK e MOTTA, 2018, p. 136).

No escopo de firmar a melhor interpretação, Dworkin sustenta a necessidade de duas dimensões interpretativas: a adequação e a justificação, e sobre elas cabem ainda algumas considerações.

A adequação é a dimensão da interpretação jurídica que procura as convicções que tornam a interpretação do Direito ou de alguma parte dele aceitável para a comunidade. Logo, a interpretação adequada é aquela que revela a prática jurídica em sua melhor luz.

Ao passo que a dimensão da justificação ou da moralidade política busca a teoria da interpretação que melhor justifica nossas práticas. Essa dimensão supõe que, mesmo quando duas ou mais interpretações são boas do ponto de vista da adequação, uma delas ainda será

melhor, por estar fundamentada em princípios de maior peso de moralidade política da comunidade (SIMIONI, 2014, p. 354-355).

Resta claro, portanto, que, para Dworkin, “o argumento moral é um ingrediente essencial do argumento jurídico” (GUEST, 2010, p. 44). Assim, a sua não prescinde da moralidade. Ao contrário, a existência do Direito está centrada na ideia de justificação moral do poder coercitivo estatal. E, finalmente, à concepção política clássica de que a justificação de um Estado tem por elementos fundamentais as virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal<sup>28</sup>, o que Dworkin acrescenta como ideal de coerência política, o que passa a chamar de moralidade política. É essa moralidade que o julgador deve buscar.

Ao aplicar a moralidade política como justificativa de decisões, o julgador confere aos seus julgados a integridade, virtude que Dworkin exige do Estado, em uma atuação uniforme no tratamento dos cidadãos. Essa virtude vai para além da ideia de que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. A integridade exige que o Estado aja de modo congruente, segundo um “conjunto único e coerente de princípios” (DWORKIN, 2014, p. 203), conferindo a todos os governados um tratamento conforme os mesmos padrões de justiça e equidade. A integridade é, portanto, a principal virtude do argumento jurídico e é uma virtude moral na esfera política.

A integridade na interpretação das leis exige que o julgador indague qual a interpretação que melhor revela o projeto político que a inclui e justifica<sup>29</sup>. Essa integridade também supõe que o autor das leis seja personificado na forma de uma comunidade política, dotada de unidade, e que a interpretação das leis seja concebida continuidade de uma história, como a continuação da decisão política do legislativo (SIMIONI, 2014, p. 377). Segundo Dworkin (DWORKIN, 2014, p. 274):

[...] Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.

A problemática da interpretação da lei, portanto, sob o enfoque da teoria dworkiniana da integridade, implica em se buscar um significado mais vertical da lei, para além do seu texto,

---

<sup>28</sup> Segundo Simioni: “[...] equidade para uma estrutura política imparcial, justiça na distribuição de recursos e oportunidades e devido processo legal na criação e aplicação do direito que estabelece essa equidade e essa justiça” (SIMIONI, 2014, p. 370).

<sup>29</sup> Conforme já firmado neste texto, adequação e justificação como dimensões da interpretação jurídica.

ou seja, superando a limitação sintática e semântico dos positivistas. A interpretação da lei como integridade procura compreender a legislação como um produto da moral política de uma comunidade em um determinado contexto histórico. Assim, afasta-se, inclusive, que uma lei tenha um conteúdo fixo, imutável, para concluir que sua interpretação pode mudar conforme o tempo, e nem por isso se tem uma justificativa para abandonar o texto da lei. Nas palavras de Verbicaro (2017, p. 245):

Essa é a concretização do ideal de integridade: a prevalência da decisão mais coerente com o ordenamento jurídico, a partir do cotejamento com as decisões passadas e com o respeito aos ideais de equidade e justiça de uma comunidade. Quanto às decisões do passado, se as mesmas não mais se justificam, devem ser alteradas em nome da própria integridade e coerência. Falar com uma só voz, comprometendo-se a construir uma única solução jurídica que seja o reflexo da prática jurídica como um todo.

Em síntese, o que a integridade exige é que a interpretação seja coerente com a história das convicções políticas da comunidade, ou seja, trata-se de uma interpretação que se coaduna com a história contemporânea, que vê o texto da lei e o seu conteúdo como algo mutável, de acordo com a transformação das convicções da moralidade política da comunidade.

Portanto, a concepção de integridade possibilita um equilíbrio dinâmico entre previsibilidade e flexibilidade. O direito como integridade sugere que a prática das decisões judiciais é uma prática interpretativa, de leis e precedentes, com balizas em princípios coerentes, fincados na moralidade política de uma comunidade, não enrijecidas ou solidificadas por um sentido imutável e que esta prática interpretativa é a melhor solução na busca pela resposta correta, dentro do próprio Direito, afastando dos juízes a discricionariedade defendida por Hartigo

### **2.2.6 O romance em cadeia como ferramenta para a interpretação do direito**

Visto o Direito como uma prática interpretativa, ele só pode ser entendido quando a ele se imputa uma finalidade, um propósito. Logo, segundo Dworkin, não é possível adotar frente ao direito uma postura meramente descritiva, como defendem os positivistas. Assim, descrever o Direito, portanto, é propor uma forma de vê-lo, a qual não será neutra, mas politicamente engajada (TAXI, 2018, p. 33).

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, mas também não são simplesmente valorativas, dissociadas daquela história. As proposições jurídicas são, pois, interpretativas da história jurídica e, simultaneamente, combinam tanto elementos de descrição como de valoração (DWORKIN, 2005, p. 219).

Com esta formulação, Dworkin reforça sua tese contra a discricionariedade judicial, uma vez que sustenta que, mesmo nos casos difíceis, os juízes ao chegarem a uma resposta correta ou a melhor resposta, de fato fazem formulações jurídicas e as apresentam como “[...] relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido” (DWORKIN, 2014, p. 9). Logo, a rigor, não há livre criação.

Para Dworkin, a interpretação de um texto é a tentativa de mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser. Nesta tarefa, o intérprete explica a obra encontrando-lhe à melhor luz, sem que com isso a transforme em uma obra diferente, ou seja, o intérprete interpreta enquanto cria, mas não cria enquanto interpreta (DWORKIN, 2010B).

Dworkin se apropria do que chamou de interpretação literária, para defender sua teoria de decisão judicial nos casos difíceis, “quero usar a interpretação literária como modelo para o método central da análise jurídica” (DWORKIN, 2005, p. 235). Para Dworkin, decidir casos controversos no Direito é mais ou menos agir conforme o exemplo que ele chamou de romance em cadeia. Ele se utilizou desta analogia para demonstrar a ideia de interpretação construtiva. Assim, o juiz seria, simultaneamente, um crítico literário e autor de um romance.

Em síntese, o romance em cadeia é o produto de um grupo de romancistas, que contratado para escrever um único livro – romance –, tem sorteado o primeiro dos escritores para começar a obra e, em sequência, são sorteados os demais, cada um com a incumbência de escrever o capítulo subsequente, sob o compromisso de manter certa integridade na narrativa, sabendo, portanto, que apenas inaugura um novo capítulo, mas não um novo romance. Logo, cada romancista, com exceção do primeiro, tem dupla responsabilidade: interpretar o que já foi escrito e criar a sequência do livro.

Por conseguinte, cada um deverá decidir como os personagens são, que motivos os orientam, qual é o tema ou propósito do romance em desenvolvimento, entre outras questões. Entretanto, o que resta claro, desde já, é que como se trata de uma obra coletiva, não se pode falar em interpretação subordinada à intenção do autor, pois, a partir do segundo romancista, não há um único autor predecessor cujas intenções possa invocar como sendo decisivas.

Por outro lado, neste seu exercício imaginário, Dworkin espera que os escritores assumam com seriedade e reconheçam o dever de criar, tanto quanto puderem, um romance único, e não uma série de contos independentes.

Por conseguinte, resta claro que haverá limitações de “ajuste” ao autor do segundo capítulo e que estas limitações tenderão a aumentar para os autores subsequentes, muito embora mudanças (convincentes) de direção possam ser feitas. São exemplos dessas limitações os

nomes dos personagens, a língua e o enredo (imagine-se se não houvesse explicações lógicas para mudanças de lugar, tempo e comportamento de qualquer uma das personagens).

Os ajustes, entretanto, não estão proibidos, apenas algo é exigido no início, e a criatividade subsequente é limitada por sua aceitação, com o escopo de que os capítulos subsequentes sejam identificados como parte do romance (GUEST, 2010, p. 52).

Como se vê, segundo Dworkin, uma interpretação literária objetiva demonstrar como a obra sob análise pode ser vista como uma obra de arte mais valiosa e, para tanto, precisa considerar características formais de identidade, coerência e integridade, bem como atentar para considerações mais substantivas de valor artístico. Fazendo a analogia com o juiz, este ao decidir um novo caso:

[...] deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Portanto, uma interpretação defensável da prática jurídica também deve, semelhantemente ao romance em cadeia, considerar duas dimensões: ajustar-se àquela prática e demonstrar o seu valor. Entretanto, não sendo o Direito um empreendimento artístico, mas sim político, cuja finalidade geral é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas, uma interpretação de qualquer ramo do Direito deve demonstrar o seu valor, ou sua substância (DWORKIN, 2005, p. 239).

Agora, resta falar sobre a substância, ou a segunda dimensão defendida por Dworkin. Tornando ao exemplo do romance em cadeia, é fácil intuir que pode haver diversas maneiras pelas quais o texto literário poderia se desenvolver, cada uma delas guardando ajuste às limitações admitidas como existentes nos capítulos antecedentes e subsequentes. Logo, o coautor da obra precisará fazer um julgamento de como o romance deve se desenvolver. A toda evidência, esta nova tarefa é de natureza interpretativa. Por conseguinte, embora várias sejam as possibilidades para desenvolvimento do romance, segundo Dworkin, isto não implica que cada uma delas é tão boa como a outra.

Assim, tal como em um romance em cadeia, quando juízes decidem casos controversos, cada julgador deve considerar-se como parceiro de um complexo

empreendimento em cadeia, do qual o conjunto de decisões, convenções e estruturas são a história, e o seu trabalho é seguir com o enredo, interpretando o que aconteceu antes para que não siga, injustificadamente, em uma nova direção. Em síntese, deve o juiz determinar, segundo sua interpretação, a razão, o motivo das decisões anteriores, identificando o propósito ou tema da prática social até ali. A nova decisão deve, portanto, ajustar-se a prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Nas palavras de Dworkin, “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor” (DWORKIN, 2005, p. 240).

No direito como integridade, interpretar uma decisão judicial

[...] não é decidir de acordo com concepções morais subjetivas, mas de acordo com a ideia, mais ampla e complexa, de princípios de moralidade política que vigoram num determinado tempo e espaço (PINHO, 2013, p. 89).

Ainda resta responder a seguinte pergunta: diante de possíveis respostas, todas em tese ajustáveis a história das instituições de uma comunidade, como encontrar a melhor resposta?

Em resposta à pergunta, para Dworkin, a questão da substância é uma questão de filosofia do Direito. A substância, pois, deve estar calcada em princípios e os argumentos de princípios justificam uma decisão política, que respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Dworkin é um tanto obscuro quanto ao recurso à integridade nos argumentos de substância, em oposição ao ajuste (GUEST, 2010, p. 59). Entretanto, o cerne da ideia pode ser encontrado em “O Império do Direito”. Nas palavras de Dworkin (2014, p. 258):

[...] Se podemos compreender nossas práticas como apropriadas ao modelo de princípios, podemos sustentar a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos, portanto, tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal direção.

Portanto, torna-se clarividente, que a conexão importante é com a ideia de fraternidade, da qual se vê que, na teoria de Dworkin, a melhor resposta do que é o Direito se encontra na resposta que valoriza uma prática social onde seja possível enxergar o tratamento equânime de todos os membros de uma comunidade. Ou seja, o Estado, para que legitime suas ações, especialmente o uso coercitivo da força, deve, por meio de suas leis, assim como por outros meios, tratar as pessoas como iguais, dispensando-lhes a mesma consideração e respeito. Esta é a maneira correta de se ler Dworkin. O argumento jurídico deve encontrar arrimo na base de que a melhor maneira de encontrar o sentido do Direito deve ser interpretá-lo de modo que represente o esforço do Estado em tratar as pessoas como iguais (GUEST, 2010, p. 60).

Por derradeiro, é vital registrar que a hipótese literária de Dworkin, o romance em cadeia, como ferramenta de interpretação do Direito, não consiste em uma camisa de força para

o intérprete, afinal, toda concepção útil de interpretação deve conter uma doutrina do erro e, assim, reconhecendo-o, decidir doravante em sentido contrário, afastando-se da história dos precedentes.

Feita esta incursão teórica nas concepções positiva de Hart e interpretativista de Dworkin a respeito de uma teoria da decisão judicial nos casos difíceis, já há lastro suficiente para, diante da redação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, fazer uma escolha interpretativa que melhor se coadune com o princípio da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, superando assim as perplexidades apontadas no final da primeira seção.

### **3 AS MATRIZES INTERPRETATIVAS: UM TESTE DE REALIDADE EM RELAÇÃO A PERPLEXIDADE DETECTADA NO ARTIGO 5º DA LEI 12.318/2010**

A Constituição Federal de 1988, seguindo o modelo de Estado Social adotado em vários países europeus, como reflexo dos horrores vivenciados pelo mundo durante as duas grandes guerras, cuidou de garantir uma série de direitos humanos aos cidadãos brasileiros e, especialmente, às suas crianças e adolescentes, ofertou uma dimensão de proteção integral. Esses direitos ganharam a característica de fundamentais quando foram encartados no texto constitucional (SARLET, 2009, p. 29).

Com efeito, pelo artigo 227, a Constituição Cidadã conferiu, com absoluta prioridade, a crianças e adolescentes direitos como a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, direito à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão. O texto constitucional previu, ainda, como devedores destes direitos a família, a sociedade e o Estado.

Em cumprimento ao inciso XV do artigo 24 da Constituição Federal, no ano de 1990, abrogando a Lei 6.697/79 – o Código de Menores, foi editada a Lei 8.069/90, chamado de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Segundo o Senador Gerson Camata, quando da edição desta nova lei, adotou-se a denominação de Estatuto no lugar de Código exatamente porque o primeiro dá a ideia de direitos, ao passo que o segundo remete a ideia de punir (ex. Código Penal, Código Penal Militar) (NOGUEIRA, 1998, p. 7) .

De fato, o Código de Menores pode ser elencado dentro do período histórico tutelar dos direitos da criança e do adolescente, onde se conferia ao mundo adulto poderes para promover a integração social e familiar da criança e do adolescente, com tutela apenas reflexa de seus interesses pessoais, ao passo que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz parte da fase de proteção integral, na qual as leis reconhecem direitos e garantias às crianças e adolescentes, considerando-as como pessoas em desenvolvimento (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2012, p. 73).

Alinhado à Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, praticamente repetiu toda a redação do artigo 227 no que tange aos direitos fundamentais

assegurados a estas pessoas em formação, bem como quem são seus devedores, mantida a primazia ou absoluta prioridade na sua observância. Assim, a Constituição e o Estatuto declararam, entre outros, o direito à convivência familiar como sendo um direito fundamental da criança e do adolescente e dever da família, da comunidade e do Estado.

A alienação parental, por sua vez, viola este direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar saudável, uma vez que “é um processo que consiste em programar uma criança para odiar um de seus genitores, sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desconstituição desse mesmo genitor” (TRINDADE, 2010, p. 196). Assim, em evidente esforço para dar concretude à promessa constitucional e do ECA e garantir a convivência familiar saudável, veio ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei 12.318/2010, que tratou da Alienação Parental.

Por conseguinte, o principal objetivo deste capítulo que se inaugura é testar a aplicação das matrizes interpretativas de Hart e Dworkin na interpretação do artigo 5º da Lei 12.318/2010, uma vez que ele é a chave para a identificação da ocorrência ou não de atos de alienação parental, para, ao final, propor uma hipótese interpretativa que melhor se alinhe à doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, garantindo-lhes a convivência familiar saudável com as famílias materna e paterna, como pretendem a Constituição e a legislação especial.

### **3.1 Interpretando o artigo 5º da Lei de Alienação Parental a partir da matriz hartiana**

Como visto, a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar saudável. A convivência saudável com as famílias paterna e materna, após a ruptura da conjugalidade, por sua vez, é imprescindível para a saúde de crianças e adolescentes, afinal, quando isto não acontece os filhos acabam sendo duramente castigados pela falta de maturidade dos pais, que não sabem distinguir a morte conjugal da vida parental (CUENCA, 2008, p. 93), não restando dúvida que atos de alienação parental são uma forma de maus-tratos ou abuso (TRINDADE, 2013, p. 22).

De fato, quando o desenlace da vida conjugal é mal resolvido, psicicamente, acaba gerando, em um dos ex-companheiros, sentimentos de rejeição e abandono que no mais das vezes se transformam em tendência vingativa, desencadeando um processo de desmoralização e destruição do outro genitor a ponto de aliená-lo da vida do filho. Assim, o filho é retirado de seu lugar de sujeito de direitos e passa a ser objeto de vontade e satisfação do desejo de vingança do outro genitor. Ou seja, a alienação parental é a objetificação do sujeito para convertê-lo em veículo de ódio, que tem sua principal fonte em uma relação conjugal mal resolvida. Como

consequência, a alienação parental traz com ela graves consequências socioemocionais aos filhos (PEREIRA, 2013B, p. 111).

O ingresso no ordenamento jurídico brasileiro da Lei da Alienação Parental foi, indubitavelmente, um grande passo diante do vácuo legislativo que até então imperava, no sentido de proteger e preservar a formação psicológica da criança e do adolescente. A importância da lei é revelada quando ela exemplifica atos de alienação parental, caracteriza-os como violadores de direitos fundamentais, além de conferir status prioritário as ações autônomas ou incidentes que versem sobre a temática e, ainda, ao apontar duas perícias capazes de oferecer subsídios técnicos para que o magistrado não apenas declare a ocorrência ou não da prática de atos de alienação, mas também promova, imediatamente, as medidas necessárias para sua inibir ou atenuar seus efeitos.

Como já se destacou no presente texto, ao redigir o artigo 5º da Lei de Alienação Parental, o legislador acabou por fazê-lo de forma vaga, indeterminada, deixando, aparentemente, ao alvedrio do intérprete e aplicador da lei, o juiz, decidir sobre a necessidade da realização das perícias específicas por um ato de escolha, caso a caso, o que, em uma interpretação possível, calcada em uma matriz hartiana, implicaria em uma discricionariedade judicial.

É importante destacar que a Lei de Alienação Parental estabeleceu requisitos mínimos para assegurar a consistência de um laudo pericial, desde a necessária qualificação dos peritos<sup>30</sup> até a necessidade de ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, compreendendo entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico de relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame a forma como a criança ou o adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor<sup>31</sup>.

Disto se vê que a Lei deseja promover uma prova pericial de qualidade, socorrendo, assim, o julgador com uma visão multidisciplinar da questão posta em juízo, com a participação de peritos tais como assistentes sociais, psicólogos e médicos.

Portanto, a Lei de Alienação Parental exige uma experiência pericial para que reconheça o tema da alienação parental e a diferencie de questões conexas, tais como a

---

<sup>30</sup> De fato, em seu artigo 5º, §2º, a Lei de Alienação Parental exige que a perícia seja realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, com aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

<sup>31</sup> Isto previsto no artigo 5º, §1º, da Lei de Alienação Parental.

Síndrome de Münchhausen<sup>32</sup>. Com efeito, o perito não pode estar sujeito, por exemplo, ao impacto emocional que muitas das vezes assola juízes, promotores, defensores públicos e advogados, que, ao ouvirem um relato de abuso sexual, por exemplo, inclinam-se, de regra, a chancelar, imediatamente, sem a oitiva da parte contrária, medidas de afastamento do genitor supostamente abusador de sua prole. Ocorre, que muitas das vezes as alegações são falsas, por isso a necessidade de uma investigação isenta e técnica, a ser realizada por um perito.

Por isso, a Lei de Alienação Parental, por conseguinte, exige peritos na acepção técnica da palavra, ou seja, profissionais com reconhecida expertise na área que irão periciar (FREITAS, 2012, p. 63).

A exigência de um diagnóstico da existência ou não da alienação parental confere à perícia um status de ciência, portanto, um valor de verdade no que tange aos sujeitos avaliados e, por conseguinte, deve ter relevante consideração na decisão judicial, sendo, portanto, colocada uma expressiva cobrança sobre os peritos para que cheguem a um laudo conclusivo e sem ambiguidades (BLANK e NEY, 2006, p. 135).

Não se pode olvidar, ainda, que a reiteração sistemática de atos de alienação parental poderá desencadear a instalação de distúrbios e sintomas, não sendo incomuns registros médicos como instabilidade emocional, sensação de perigo e preocupações que produzem efeitos massacrantes para as crianças. Comportamentos regredidos, depressão, transtornos psicossomáticos de ansiedade, do sono, da alimentação, de conduta e problemas escolares, e também comprometimento do desenvolvimento das crianças quanto ao teste de realidade, por espelhamento das percepções dos próprios pais, também são frequentemente relatados (MONTEZUMA, PEREIRA e MELO, 2019, p. 115-116).

Aparentemente, e de forma paradoxal, após exigir a realização de perícias com tantos critérios, o mesmo artigo 5º, agora em seu *caput*, parece conferir ao juiz uma discricionariedade quanto à necessidade de realização da perícia psicológica ou psicossocial, ao preceituar, textualmente, que havendo indício da prática de alienação parental o juiz, se necessário, determinará a perícia psicológica ou biopsicossocial.

Façamos então um teste interpretativo desse artigo 5º a partir da matriz hartiana.

A partir da regra de reconhecimento de Hart, é possível afirmar que a lei nº 12.318 é um texto normativo devidamente integrado ao ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a referida lei atende ao critério das fontes sociais: foi elaborada pelo Poder Legislativo, após

---

<sup>32</sup> A síndrome de Münchhausen é também conhecida por transtorno factício, tratando-se de uma desordem psiquiátrica, em que o indivíduo por ela acometido simula está enfermo ou com algum trauma psicológico, para assim conquistar a atenção ou a simpatia das pessoas que o cercam.

tramitação regular no parlamento; obedece a uma cadeia hierárquica; está em vigor; impõe deveres a todos, especialmente àqueles que exercem o poder público e oficial, principalmente os que têm o poder de julgar; e, ainda, é aceita como um *standard* comum e obrigatório pelos cidadãos, governantes e autoridades. Encaixa-se, portanto, na teoria hartiana como uma regra social compartilhada, havendo passado pelo teste de validade, ou seja, por sua regra de reconhecimento.

Em que pese Hart ser defensor da aplicação direta de regras jurídicas quando estas afastem qualquer dúvida, segundo as convenções semânticas e sintáticas, por outro lado ele admite que não há que se falar em regras absolutamente imunes à indeterminação ou a interpretações conflitantes. E, nestes casos, a norma jurídica possuiria uma textura aberta, podendo o juiz, a partir das situações factuais de cada caso concreto, encontrar uma resposta mais adequada.

Ainda segundo Hart, esse poder criativo, nos casos em que há parcial regulamentação, está sujeito a limitações que restringem escolhas (limitações estas que não se impõem ao legislativo). Essa criação, por sua vez, está circunscrita a casos específicos, aqueles que os juízes têm em suas mãos, logo o juiz não pode utilizá-lo para promover amplas reformas ou novos códigos legais. E, nestes casos, os poderes do juiz são intersticiais, sujeitos a muitas limitações substantivas, como visto.

Na esteira da teoria hartiana, ao fazer uma escolha em um conflito, o juiz apenas exerce o poder que lhe foi conferido por uma norma secundária e, por isso, não pode ser criticado.

Segundo Hart, o recurso à discricionariedade judicial não é um mal necessário ou deletério, mas uma realidade com a qual se pode alcançar flexibilidade e racionalidade na aplicação das regras jurídicas. Demais disso, eventual incerteza sobre os limites estritos de incidência do Direito é o preço a se pagar pelas limitações iminentes a qualquer tipo de comunicação (VERBICARO, 2017, p. 219-220)

A partir da gramática hartiana, portanto, é possível concluir, que o artigo 5º da Lei de Alienação Parental é um exemplo de norma com textura aberta. Afinal, a redação do texto normativo, quando analisado sob o enfoque semântico e sintático, parece facultar ao juiz a realização das perícias técnicas, a depender de fatos (indício da prática de ato de alienação parental) que serão por ele avaliados como existentes ou não, caso a caso e, portanto, com eficácia da decisão restrita às partes.

Vigendo no Brasil o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, recebendo o magistrado uma ação autônoma ou incidente que verse sobre Alienação Parental, valendo-se da

gramática hartiana para interpretação do artigo 5º, restará ao julgador fazer uma escolha, entre alguns cenários possíveis.

No primeiro deles, o magistrado decide pela desnecessidade da perícia, por, no seu julgamento, não haver indício da prática de alienação parental.

Ora, considerando que a Lei de Alienação Parental não traz em seu bojo um procedimento especial, a ela aplica-se o procedimento comum<sup>33</sup>. Logo, a escolha pela não realização da prova dar-se-á, de regra, no momento do saneamento e organização do processo, ou seja, após as partes e o Ministério Público terem se manifestado, em suas intervenções, na fase postulatória, antes do início da instrução, sem que se tenha produzido, sob o crivo do contraditório, qualquer prova sob a existência de atos que caracterizem a prática da alienação.

Por conseguinte, o magistrado fará um juízo de valor sobre a desnecessidade da prova pericial calcado, na maioria das vezes, em meras alegações das partes, ou, quando muito, em laudos particulares de psicólogos ou outros profissionais, que, além de não serem peritos judiciais, de regra, confeccionam os seus laudos a partir das observações de fatos narrados unilateralmente, sem que o suposto alienador seja ouvido.

É importante ainda destacar que laudos particulares, apesar de suas limitações apontadas no parágrafo supra, podem servir como indício de prova da existência da prática de atos de alienação, entretanto não se pode esquecer que seu encarte nos autos de processos que envolvem alienação parental é rara, e isto porque a grande maioria dos casos em Varas de Família estão sob a proteção da assistência judiciária gratuita. Por conseguinte, estas pessoas, em situação de reconhecida pobreza, dificilmente têm recursos disponíveis para contratar um profissional minimamente qualificado para produzir um laudo que aponte a existência da alienação.

Em síntese, a escolha judicial pela desnecessidade da prova pericial, dar-se-á, na maioria das vezes, pela percepção do magistrado de parcos e parciais indícios, ou seja, o juiz, neste caso, acaba fazendo jus à vetusta afirmação de que “o juiz é o perito dos peritos”.

Entretanto, esta interpretação que permite ao juiz dispensar a prova pericial a partir de suas próprias percepções não se coaduna com o melhor interesse da criança e do adolescente e ainda viola o direito fundamental à produção de prova no processo judicial.

---

<sup>33</sup> De fato, como preceitua o Artigo 318 do Código de Processo Civil “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”.

Não se pode olvidar aqui que, sob a matriz hartiana, onde Direito e moral não se interpenetram, a justificativa para a afirmação da violação de direitos, no caso da dispensa da prova pericial, não pode ser fundada na moral, mas apenas no próprio Direito posto.

De fato, quando em julgamento a alienação parental, o que se está em exame é a existência ou não da prática de atos de alienação parental. Assim, como é dever do magistrado tratar às partes com isonomia, logo é imprescindível garantir a elas o direito à prova, até porque a legitimidade do resultado da prova pericial requer que as partes tenham tido a devida possibilidade de participar, em contraditório, de sua formação, logo, mesmo no caso da existência de laudo realizado extra processo, a prova pericial não será tida como realizada.

Com efeito, o direito à prova, em si, é assegurado às partes a fim de que possam demonstrar a veracidade do que afirmam em relação aos fatos que reputam relevantes para o julgamento. Em que pese a Constituição não o afirmar de forma direta, ele é, com segurança, inferido no seu texto, especialmente na ampla garantia do devido processo legal. No plano infra constitucional, o direito à prova está diretamente afirmado no artigo 369 do Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2017, p. 51).

Portanto, é possível afirmar que uma decisão judicial definitiva é legítima quando resulta de um processo que confere às partes a paridade de armas, com a devida oportunidade de participação e conseqüente realização de prova, sob o crivo do contraditório.

Em relação às provas, os processos de família que precisam de perícia multidisciplinar, como o caso das ações autônomas ou incidentais de alienação parental, não são compostos apenas por questões fático-sociais conflitantes, mas também por situações biopsicossociais determinantes ao desfecho da ação. No caso da alienação parental, essa análise que determinará, com certeza técnica, sua existência, o que implica, por vezes, ainda a análise de outros profissionais, como o perito social e o perito médico (FREITAS, 2012, p. 52).

Assim, diante da singularidade da prova necessária para que se declare a existência ou não de atos de alienação parental, é perceptível a necessidade de um saber técnico especializado, o que exige, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Civil, que o juiz seja assistido por um ou mais peritos<sup>34</sup>. Afinal, a função do perito é analisar, cientificamente, as alegações das partes, ou a desconfiança do magistrado sobre a existência ou melhor solução para o caso em juízo. Nas palavras de Freitas (2012, p. 55):

[...] A perícia, termo que deriva do latim *peritia*, o qual significa conhecimento adquirido pela experiência, é o meio probatório com o qual se intenta obter, para o processo, uma manifestação fundada em especiais conhecimentos

---

<sup>34</sup> Reza o artigo 156 do Código de Processo Civil: “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”.

científicos, técnicos ou artísticos, útil para o descobrimento ou valoração de um elemento de prova.

Logo, há necessidade de uma manifestação fundamentada, em especiais conhecimentos técnicos, o que demanda a intervenção pericial nos processos de alienação parental. Inclusive, os profissionais de saúde mental que assessorem juízes devem ter uma formação específica para lidar com a Síndrome da Alienação Parental (GARDNER, 1985).

Ainda é importante destacar, mais uma vez, que, nem mesmo no caso de o juiz possuir a capacidade técnica necessária para promover pessoalmente a perícia psicológica, médica ou social (por exemplo no caso do juiz natural da causa possuir uma segunda graduação, em Psicologia, Medicina ou Serviço Social), estaria dispensada a perícia, porque trata-se de uma situação episódica, pontual, fora das expectativas legítimas de conhecimento de um juiz.

Por corolário, na necessidade de um outro magistrado analisar a situação de fato, seja por haver sucedido o primeiro na titularidade da unidade judiciária, e por consequência a presidência do processo em curso, seja por atuar no processo em sede de juízo revisor, se o conhecimento técnico era peculiar ao primeiro juiz, falecer-se-ia a competência técnico-científica ao novo julgador, sendo forçoso concluir que, diante da hipótese de ciência privada de um único julgador, não é legítima a dispensa da prova técnica-pericial.

É fundamental ainda destacar que a existência de um laudo de perito judicial não necessariamente vincula a decisão do juiz, que em nenhum momento delega a sua autoridade de julgamento. Entretanto, para se refutar uma perícia técnica, o melhor fundamento<sup>35</sup> certamente será um outro argumento técnico, que, muito possivelmente, virá aos autos pelo acolhimento da manifestação mais convincente de outro perito, ou pela manifestação de um assistente técnico apresentado pela parte, o que só ratifica a necessidade do contraditório e ampla defesa.

Imagine-se, ainda, que o magistrado, ao negar a realização da perícia, o faça sobre o argumento de que a parte é beneficiária da assistência judiciária gratuita e que não havendo equipe técnica multidisciplinar na comarca a perícia restaria inviabilizada por ser economicamente inviável ou porque militaria contra a razoável duração do processo, por

---

<sup>35</sup> Diz-se aqui “melhor fundamento”, porque consoante a redação do artigo 479 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no artigo 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”. Logo, refutar um laudo levando em conta o método utilizado pelo perito, parece exigir uma fundamentação também substancial, técnica.

necessitar ser o feito remetido para outra comarca que possua tal equipe multidisciplinar para análise.

O primeiro argumento implicaria dizer que o acesso à justiça, em casos de alienação parental, seria privilégio de alguns, ou seja, somente daqueles que tivessem em sua comarca uma equipe multidisciplinar ou que dispusessem de recursos financeiros para arcar com os honorários de perito designado pelo juiz. Isto, a toda evidência, vai contra o direito fundamental de garantia da justiça a todo cidadão, incluso na redação do inciso XXXV c/c o inciso LXXIV, ambos do artigo 5º da Constituição da República.

Já o segundo argumento relativo à duração razoável do processo não pode se sobrepor ao da garantia do devido processo legal e da ampla defesa, ambos previstos na Constituição, pois eliminar a prova pericial sob o argumento de que a celeridade é mais importante certamente apenas beneficiaria aos próprios alienadores, em prejuízo do melhor interesse da criança e do adolescente, portanto, alijando-lhes da proteção integral e prometida pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afinal, o processo não precisa apenas chegar ao final de forma célere, mas principalmente satisfazer uma decisão de mérito norteada pela atividade satisfativa dos direitos discutidos em juízo<sup>36</sup> e, como exaustivamente dito, a partir da Constituição de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos destas pessoas em formação assumiram o caráter de prioritários, por conseguinte, em sendo o direito a convivência familiar saudável um desses direitos fundamentais, a realização da prova técnica é fundamental para observar a hipótese de ocorrência de atos de alienação parental.

Não se pode negar que a parte tem o direito de produzir todas as provas que forem adequadas a demonstração de sua tese e este direito se dirige contra o Estado, que não lhe pode negar. Com isso, não se quer dizer que o juiz não possa negar a produção de uma prova inútil, ou que recaia sobre um fato irrelevante, ou com objetivo protelatório. O que se quer é demonstrar é que impede-se o juiz de negar a produção de uma prova importante capaz de influir sobre o seu convencimento (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 173).

Por conseguinte, no exercício da discricionariedade judicial, quando a escolha é pela não-realização da prova pericial, há objeção estatal ao direito à produção de prova técnica de relevante importância para a decisão, pondo assim em risco a proteção integral da criança ou adolescente. E viola tal garantia também no plano da igualdade, afinal a uns seria deferida a

---

<sup>36</sup> Com efeito, preceitua o artigo 4º do Código de Processo Civil: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

prova e a outros não. Assim, o próprio acesso ao Judiciário estaria ocorrendo de forma díspar e às pessoas, portanto, não se estaria dispendendo o mesmo tratamento.

Em conclusão, mesmo sob uma matriz hartiana, a escolha pela não-realização da prova técnica, embora possível, não demonstra ser a melhor escolha pautada na proteção integral.

Ainda sob uma perspectiva hartiana, caberia ao magistrado uma segunda escolha: realizar a perícia técnica. E, estando esta predileção sob a proteção da discricionariedade judicial, seus limites se circunscreveriam ao caso concreto, portanto, caso a caso, juiz a juiz, o que faria concluir que o direito à prova pericial não seria um direito subjetivo, mas uma verdadeira loteria, a depender do magistrado.

Conforme já defendido aqui, a prova pericial, técnica, nos casos de alienação parental, é de vital importância para a decisão do juiz, que necessitará proferir uma decisão que promova a proteção integral da criança e do adolescente. Nesta segunda opção, portanto, quando o juiz defere ou determina a prova pericial, estaria conferindo às partes isonomia de tratamento, no direito à produção da prova, permitindo que o conhecimento técnico específico subsidie sua decisão. Esta escolha, por corolário, está alinhada ao direito fundamental à prova e, principalmente, converge no sentido da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

Mas esta escolha, caso a caso, mesmo que repetida por diversos magistrados, não geraria para as partes o direito subjetivo de que a prova fosse sempre deferida.

Isto implicaria em dizer, por exemplo, que a depender de uma simples distribuição, em uma Comarca com mais de uma Vara com competência em matéria de Direito de Família, às partes poderia ser garantido ou não o direito à produção da prova pericial, a depender da análise pessoal de um juiz quanto a existência de indícios de alienação parental. Nesta análise, não se pode esquecer que, em regra, o magistrado não possui as competências técnicas necessárias para tal avaliação, pois sua formação é jurídica, não necessariamente conhecendo ou sendo graduado em Psicologia, Medicina ou Serviço Social.

Portanto, seria defensável que o critério de produção da prova seja aleatoriedade, não havendo a garantia do direito de sua realização?

Responder a esta pergunta positivamente seria admitir que a parte não tem um direito à prova técnica e que caberia ao juiz, em um poder discricionário, caso a caso, decidir quando a prova deveria ser realizada, assim lastreado na gramática hartiana.

Em síntese, a segunda escolha interpretativa a de realizar a prova pericial, baseada na matriz hartiana, é garantidora de direito fundamental da criança e do adolescente à prova e, consequentemente, protege o seu direito fundamental de convivência familiar saudável.

Entretanto, por não gerar um dever de integridade das decisões judiciais vindouras, uma vez em cada caso diferentes juízes podem divergir desta escolha pela realização, não é a resposta para o nosso problema focal, que seria encontrar uma hipótese interpretativa que promova a máxima proteção da criança e do adolescente em todos os casos em que a temática for a alienação parental.

Finalmente, em terceira e última opção, ainda no exercício de sua discricionariedade lastreada na teoria hartiana, pode o juiz optar fazer, pessoalmente, a escuta da criança ou do adolescente e de seus pais, avós, vizinhos, entre outros membros, atuando com a competência técnico-científica necessária (considerando, neste caso, uma segunda graduação, por exemplo) ou até mesmo, confiante em sua experiência como magistrado e firme na ilusão de que seria “o perito dos peritos”, podendo simplesmente colher a prova ele mesmo.

Na hipótese de possuir a competência técnica, como já explicitado acima, ainda assim haveria justificativa em sentido contrário, seja pela redação do artigo 156 do Código de Processo Civil, ou pelo fato de que de seu eventual substituto ou mesmo órgão revisor não necessariamente terem a mesma formação para avaliação técnica.

Não bastasse este argumento, a função de julgar não deve ser cumulada com qualquer outra, sob pena de comprometimento da imparcialidade do juiz. Afinal, na função de perito, mesmo inconscientemente, o juiz estaria tentado a buscar prova em determinado sentido, que intuitivamente já poderia estar povoando sua percepção pessoal como sendo a melhor solução para o caso.

Em sínteses? partindo de uma matriz hartiana, três decisões judiciais a respeito da prova técnica seriam possíveis para a interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental: a) poderia o magistrado optar por realizá-la, encaminhando o caso a perito; b) poderia, também, entender pela desnecessidade da prova, negando-a; c) ou poderia escolher por ele mesmo realizar a perícia, quando detentor de conhecimento técnico específico.

Sob a gramática hartiana, qualquer uma das respostas, em tese, seria possível e justificável, afinal a escolha caberia ao juiz e, ao optar por qualquer uma delas, não deveria ser criticado, por agir nos limites da textura aberta do texto normativo. Por este prisma, a discricionariedade, portanto, seria uma realidade com a qual se poderia alcançar flexibilidade e racionalidade na aplicação da regra jurídica do artigo 5º da Lei 12.318/2010.

Entretanto, após as ponderações e justificativas apresentadas, a aparente discricionariedade, oportunizada pela indeterminação ou textura aberta da lei, não se coaduna com a proteção integral da criança e do adolescente, por lhe negar, em pelo menos uma das escolhas possíveis, o direito à produção de prova para a identificação ou não da prática de atos

de alienação parental, e, em relação à segunda escolha, comprometer-se-ia ou a imparcialidade do juiz ou a inviabilizar o conhecimento pleno e técnico da matéria pela instância revisora.

Em conclusão, a interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, a partir de uma gramática hartiana, viola direitos fundamentais da criança e do adolescente, logo não é a melhor resposta para o nosso problema focal, ou seja, apresentar uma teoria interpretativa que seja garantidora de direitos fundamentais para toda criança e do adolescente, especialmente o direito à convivência familiar saudável.

### **3.2 Interpretando o artigo 5º da Lei de Alienação Parental a partir da matriz dworkiniana**

Em outro sentido, pode-se perceber que mesmo a obrigatoriedade da prova pericial, calcada nos argumentos de que não se oferecendo estar-se-ia violando, no plano da igualdade, direitos fundamentais, como o direito à prova e o acesso à justiça, ainda assim, passando para uma matriz dworkiniana, não demonstram o que de fato é o cerne da questão. Explica-se: o ponto nevrálgico do problema, dentro de uma perspectiva dworkiniana é, pois, encontrar a resposta correta, pela persuasão de seu argumento, e por conseguir demonstrar, no exercício da interpretação e argumentação, que ela apresenta o Direito em sua melhor versão, à sua melhor luz de acordo com a moralidade política.

A partir dessa nova gramática, portanto, a chave para se encontrar a melhor interpretação para o artigo 5º da Lei de Alienação Parental é, em um primeiro momento, reconhecer que existe um desacordo teórico entre os intérpretes e aplicadores da lei, sobre o que de fato é o direito, ou seja, o que o artigo 5º da Lei de Alienação parental é. Logo, se está diante de um problema interpretativo.

De fato, não há divergência entre hartianos e dworkinianos de que a lei 12.318/2010 é o texto normativo que disciplina a Alienação Parental no Brasil e que, portanto, é o vetor direcionador das decisões judiciais sobre a temática, não se podendo perder de vista que qualquer interpretação que lhe for emprestada não poderá destoar do texto constitucional. O desacordo entre os intérpretes e aplicadores está exatamente em como pode ou deve ser interpretado o artigo 5º da referida Lei.

Lido a partir de uma matriz hartiana, como já demonstrado, se estaria diante de um caso típico de discricionariedade judicial, cabendo ao juiz optar por uma entre pelo menos três escolhas possíveis e defensáveis.

Em relação à matriz dworkiniana outras considerações devem ser realizadas, afinal, para Dworkin, o indivíduo, que tem direito a igual consideração e respeito, tem ou não tem um

direito e, se o tiver, este deve ser assegurado pelo poder público. Então, a partir dessa, a questão principal passa a ser se existe ou não o direito à prova pericial e, se houver, qual o argumento que o torna inviolável.

Para defender a existência ou não desse direito, a partir da gramática dworkiniana é necessário, conforme antecipado na segunda seção desta dissertação, deve-se reconhecer e compreender a existência dos desacordos teóricos sobre os fundamentos do direito na prática jurídica, ou seja, quais os fundamentos que tornam uma proposição jurídica como sendo verdadeira ou falsa, não se podendo perder de vista que essa prática é interpretativa-argumentativa e, que portanto, não se estará buscando uma resposta nos moldes das ciências naturais, de natureza descritiva de uma realidade pré-existente e possível de conhecimento a partir da formulação de uma regra geral a partir da observação de eventos repetitivos e demonstráveis, por aplicação do método indutivo.

Por outro lado, é necessário, para se chegar à melhor interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, descobrir qual a finalidade do texto normativo e como ele deve ser interpretado para que expresse o melhor significado possível. O desafio, portanto, é promover um exercício interpretativo e argumentativo sobre o texto legal. E, se necessário, inclusive propor sua ressignificação, tudo no intuito de que a prática advinda deste exercício apresente sua “melhor luz”.

Dworkin diz que o Direito diz respeito, primariamente, à justificação moral da coerção estatal, logo o argumento jurídico é completamente moral e deve impor obrigações morais de conformação social às normas jurídicas e às limitações que estas na esfera de liberdade.

Em síntese, calcado na teoria de Dworkin, o desafio é, a partir da argumentação jurídica, encontrar a melhor interpretação moral da prática social advinda do texto normativo, sem perder de vista que todas as pessoas são iguais como seres humanos.

Primeiramente, como explicitado na primeira seção, a Lei de Alienação Parental é o resultado da evolução da produção normativa brasileira no sentido de conferir especial proteção a crianças e adolescente contra atos de alienação parental. Vindo ao ordenamento sob a vigência da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei alinha-se a estes textos, especialmente no que tange a doutrina da proteção integral.

Assim, o desafio interpretativo e argumentativo, a partir da teoria de Dworkin, é encontrar qual o fundamento jurídico que torna verdadeiras ou falsas as proposições contidas no texto do artigo 5º da Lei de Alienação Parental quanto à realização ou não das perícias psicológica ou psicossocial.

As proposições jurídicas são as várias afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhe permite, proíbe ou autoriza (DWORKIN, 2014, p. 6). Logo, no caso do artigo 5º, *caput*, da Lei da Alienação Parental, as proposições jurídicas podem ser identificadas como a determinação ou não, pelo juiz, da perícia psicológica, a partir de indícios de alienação parental”. Novamente: o desafio argumentativo, pois, é encontrar o fundamento que torna verdadeira ou falsa ambas ou apenas uma das proposições.

E, para encontrar esse fundamento de direito, é necessário se buscar uma “coerência de princípio”, que necessita ser valorizada por si mesma, estendendo-se do legislador ao juiz, expressa em dois princípios: o princípio da integridade na legislação e o princípio da integridade no julgamento.

Quanto ao princípio da integridade na legislação, é necessário que os legisladores mantenham o direito coerente quanto aos princípios oriundos da própria Constituição enquanto texto dirigente de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, é necessário transcrever aqui o tratamento que ela confere a criança e ao adolescente, em seu artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

E torna-se fácil perceber que a Carta Magna claramente tutela direitos a crianças e adolescentes em uma perspectiva prioritária, considerando a condição especial de presumida vulnerabilidade destas pessoas em formação. A dignidade da pessoa criança ou adolescente, portanto, é um valor a ser tutelado com primazia. Na esteira da Constituição Federal, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente que por sua vez, guardando coerência com a Carta Magna, trouxe, em seu artigo 4º, estrita semelhança:

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 (BRASIL, 1990).

Superou-se, portanto, a fase de absoluta indiferença, quando não existia o tratamento especial relacionado a crianças e adolescentes; a fase de mera imputação criminal, em que as leis apenas se preocupavam em coibir ilícitos praticados por essas pessoas; a fase tutelar, onde se conferiu ao mundo adulto poderes para promover a integração sociofamiliar da criança; até que se chegasse à fase da proteção integral (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2012, p. 72-73).

No mesmo sentido, a Lei de Alienação Parental objetiva tutelar direitos fundamentais da criança e do adolescente, garantindo-lhes um arcabouço normativo capaz de protegê-las contra a prática de atos de alienação parental, o que fica clarividente a partir da leitura de seu artigo 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.

Ainda como exemplo da coerência legislativa adotada pelo legislador brasileiro, é importante fazer menção à lei 13.431/2017, que estabeleceu o sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Esta, por sua vez, após declarar que a criança e o adolescente gozam dos direitos inerentes à pessoa humana, sendo-lhes assegurada a proteção integral para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, reconheceu, em seu artigo 4º, II, b, a alienação parental como forma de violência psicológica (BRASIL, 2017). A lei 13.431/2017 ainda dispôs, em seu artigo 5º, XI, que

Artigo 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a:

XI – ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial.

Portanto, do texto normativo supra, vê-se que a assistência por profissional capacitado é prevista tanto no caso de escuta especializada como em relação ao depoimento especial<sup>37</sup>. E, ainda, são estes técnicos capacitados que deverão, de regra, conduzir o procedimento, em sala própria e, somente no caso da vítima ou testemunha assim o desejar, é que o depoimento será prestado diretamente perante o juiz<sup>38</sup>.

Partindo da matriz constitucional, passando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei de Alienação Parental e finalmente chegando até a Lei 13.431/2017, é possível afirmar que o legislador brasileiro vem, segundo o prisma do direito como integridade de Ronald

---

<sup>37</sup> Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (BRASIL, 2017).

<sup>38</sup> À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender (BRASIL, 2017).

Dworkin, mantendo o princípio da dignidade da pessoa das crianças e adolescentes como seres em condição especial de formação, como vetor principal de todas as normas que lhes protegem.

Com efeito, todos os textos normativos supracitados são unívocos no sentido da doutrina da proteção integral e, por conseguinte, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tudo calcado, como princípio basilar, no princípio da dignidade da pessoa humana merecedora de especial e prioritária proteção, por presumida vulnerabilidade destes sujeitos.

Essa opção pela proteção integral eleva a eficácia todas as normas referentes às crianças e adolescentes, as quais, que por sua vez, foram inspiradas nas normas internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Verificada a coerência de princípio na legislação, para a interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, sob uma matriz dworkiniana, ainda é preciso encontrar a integridade nos julgamentos, ou seja, é preciso que juízes, ao interpretar a lei, a vejam e façam cumprir como a melhor manifestação do Direito, integrando seus argumentos ao corpo normativo existente e, assim, justifiquem a intervenção e coerção estatal na vida das pessoas.

Afinal, diferentemente dos positivistas, renovados ou não, segundo Dworkin, para se interpretar o Direito, é preciso reconhecer que não se está diante de uma simples questão de semântica, de subsunção de fatos a tipos predeterminados em uma norma positiva, mas sim a uma questão interpretativa coerente de princípios.

A tarefa, pois, sob o prisma da matriz dworkiniana, é encontrar uma extensão coerente com a história legislativa e jurisprudencial do Direito (adequação), fundada em princípios, e que justifique a melhor prática jurídica (justificação), tudo isto de acordo com as pretensões juridicamente protegidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à história legislativa, foi suficientemente demonstrada a evolução do Direito brasileiro até a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Cabe agora referendar ou não o princípio que melhor sustente esta história e que, simultaneamente, permaneça conectado com a moralidade política brasileira para, ao final, se defender qual é a resposta correta para o problema interpretativo existente no artigo 5º da Lei de Alienação Parental

Afinal, assim como o Direito, a moralidade política é dinâmica. E a integridade dele, portanto, possibilita esse equilíbrio, sugerindo que da prática interpretativa judiciária, de leis e precedentes, calcada em princípios coerentes, pautados na moralidade política dinâmica da comunidade, é possível chegar à melhor resposta que justifique o que o próprio Direito é.

É imprescindível destacar que, como exposto na segunda senção, Dworkin, muito embora identifique argumentos de Moral e de Direito, não compactua com escolhas judiciais arbitrárias, justamente por isso as decisões judiciais devem ser fundamentas em princípios de moralidade política, não sendo aceito a moral subjetiva pessoal do julgador como razão decisória.

Voltando à seção anterior, sob uma matriz hartiana, percebeu-se que aos menos três respostas são possíveis para a interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental. Por outro lado, seguindo a gramática dworkiniana, apenas uma resposta deve ser a correta e isto acontece porque, em que pese a aparente discricionariedade prevista na própria lei, ao interpretá-la sob a perspectiva do direito como integridade, apenas uma resposta advirá como correta, pois, mesmo quando duas ou mais interpretações possam parecer boas do ponto de vista da adequação, haverá, ainda, uma melhor, por estar fundamentada em um princípio mais caro à moralidade política da comunidade.

Assim, ao aplicar-se a matriz dworkiniana para justificar a melhor resposta, deverá ser utilizado o critério da justificação: a moralidade política brasileira, exigindo do Estado-Juiz que seus julgados promovam uma ação uniforme no tratamento de suas crianças e adolescentes.

No teste da interpretação do artigo 5º da Lei 12.318/10 segundo a matriz hartiana, foi concluído que apenas uma das respostas melhor se adequava à doutrina da proteção integral e esta resposta foi a que garantia, em todos os casos de indícios de alienação parental, o direito à realização da prova. Entretanto, a fundamentação ali esposada está fundada em outro texto normativo, o Código de Processo Civil, quando, em seu artigo 156, faz menção à necessidade de o juiz ser assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico científico, e, ainda, no direito fundamental à prova que defendeu-se como inafastável, sob pena de quebra de isonomia.

Agora, a partir da matriz dworkiniana busca-se um princípio, um valor, que justifique, a realização da perícia técnica em todas as ações ou incidentes cuja temática seja a alienação parental, apontando que esta é a única resposta correta, de acordo como o que a própria legislação da alienação, e que este princípio tenha uma autoridade moral suficiente para justificar, perante toda comunidade, a realização da prova pericial como obrigatória.

A evolução histórica do direito brasileiro até a proteção integral, como já demonstrado a partir da Constituição e das leis infraconstitucionais, demonstra que, em todas elas, há uma finalidade ou um fundamento de veracidade das proposições jurídicas. Essa finalidade restou bem clara: a máxima proteção da criança e do adolescente, calcada no da dignidade da pessoa da criança e do adolescente.

Assim, o que se quer proteger é a dignidade da criança e do adolescente, pondo-a a salvo de qualquer tipo de abuso ou maus tratos advindos de atos de alienação parental. E somente uma proposição jurídica que garanta esse propósito é que poderá ser considerada, sob esta ótica, como a melhor resposta.

Portanto, da análise que já foi feita, quando do teste interpretativo argumentativo feito para o artigo 5º da Lei de Alienação Parental, já é possível afirmar que a determinação para realização da prova deve ser aquela que melhor garanta os direitos da criança e do adolescente.

Entretanto, para que se possa afirmar que a perícia é sempre necessária, com base na teoria do direito como integridade de Dworkin, é importante repisar que a justificativa deve ser moral. Porém, essa moral não tem um conceito semântico, pois já demonstrado, sendo o aguilhão semântico apontado pelo próprio filósofo norte-americano como sendo uma falha de uma das suas teorias rivais, o positivismo (e mesmo no positivismo renovado de Hart).

O escopo final, portanto, para que seja aplicada a matriz dworkiniana seria construir uma interpretação em que o argumento moral integre o Direito, na medida em que a decisão pela realização da perícia nos casos de indícios de alienação parental tenha em vista o cumprimento de parâmetros de equidade, justiça, devido processo legal adjetivo e integridade, em uma comunidade de princípios. Ou seja, os juízes devem aplicar o artigo 5º da Lei 12.318/2010 para que ele atinja o seu melhor significado ou o alcance na máxima potência.

A equidade consistiria em encontrar procedimentos políticos que distribuam o poder político de forma adequada, garantindo, assim, que a prática de tomada de decisões seja feita de forma democrática pelos cidadãos. A justiça, por sua vez, teria um sentido mais substancial, pois diria respeito às decisões em si, objetivando um resultado moralmente defensável. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos, pré-determinados, para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos processos políticos.

A integridade, então, seria uma exigência específica de moralidade política e funcionaria como um fiel da balança, transitando entre as demais virtudes, com o escopo de ajustá-las e garantir a coerência entre elas (PINHO, 2013, p. 85).

Postas estas balizas da gramática dworkiniana, é possível inferir que a interpretação que aponta para a obrigatoriedade da perícia técnica respeita a todas elas.

A Lei de Alienação Parental é produção do legislativo brasileiro, por votação de representantes do povo, eleitos para a função precípua de legislar, logo a tomada de decisão pela Congresso se deu de forma democrática, nos limites do Direito Constitucional brasileiro.

A justiça se dá pelos julgamentos, por suas razões de decidir, apontando um resultado moralmente defensável, e no caso do artigo 5º, a opção por sua obrigatoriedade é defendida

pela necessidade de se proteger pessoas em especial condição de formação e presumida vulnerabilidade.

O devido processo legal adjetivo, por sua vez, também é observado, uma vez que as perícias estão no próprio texto normativo, previamente estabelecidas, sem contar que a sua realização garante a ampla defesa e o máximo contraditório.

E a coerência legislativa está observada, como já se demonstrou a partir da Constituição de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei 13.431/2017. A interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, que privilegia a realização da prova técnica, guarda perfeita simetria com a proteção integral da criança e do adolescente e, portanto, mantém uma ligação com o pensamento jurídico brasileiro, respeitando assim o que foi produzido sobre a temática da criança e do adolescente desde a Constituição de 1988.

E, por fim, a decisão pela realização da prova pericial se justifica em razões coerentes de moralidade política, dando aos casos que versem sobre a alienação parental a melhor interpretação protetora dos direitos das crianças e dos adolescentes, entre eles o da saúde mental e física e o convívio saudável com as famílias paterna e materna. Entre os princípios justificadores, como exaustivamente demonstrados, estão o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e especialmente o que se reputa por esta pesquisa o de maior peso, o da dignidade da pessoa criança ou adolescente, que só pode ser garantido quando um perito ou uma equipe deles, que gozem de comprovada técnica, possa verificar se no caso concreto há ou não a prática de atos de alienação, para que, assim, o juiz possa tomar uma decisão que melhor proteja os direitos fundamentais destas pessoas em formação.

Assim, firmado na matriz dworkiniana, onde os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos estão para além das decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam (DWORKIN, 2014, p. 254-255), e ainda que se existe um direito individual este deve ser garantido a todos os indivíduos, sem distinção, não podendo ninguém ser sacrificado por circunstâncias contingenciais, como ausência de perito em uma determinada Comarca, é defensável a realização obrigatória da perícia em casos de alienação parental, como medida imprescindível para concretizar, em sua máxima potência, o princípio da dignidade da pessoa criança ou adolescente.

Com efeito, uma das maiores dificuldades encontradas para o reconhecimento da prática de atos de alienação é a demonstração probatória. E a dificuldade está na sutileza da própria prática alienatória. Por vezes até o próprio alienador acredita na versão por ele programada e implantada, tendo importância a perícia psicológica, psiquiátrica ou

biopsicossocial para aferir a realidade, onde podem, a partir de laudos e testes, constatar que o filho foi alienado da vida de um dos pais, sendo a responsabilidade por tal alienação do outro genitor (PEREIRA, 2013A, p. 37).

Em seu XII Congresso, realizado em outubro próximo passado, na cidade de Belo Horizonte, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), entidade técnico científica, que tem o objetivo desenvolver e divulgar o conhecimento sobre o Direito das Famílias, além de atuar como força representativa nas demandas sociais no Judiciário, hoje com aproximadamente quatorze mil associados, entre advogados, assistentes sociais, magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, psicanalistas, psicólogos e estudantes, aprovou, em sua assembleia, o Enunciado 28, que vai ao encontro da conclusão desta pesquisa pela obrigatoriedade da realização da perícia técnica nos casos de indícios de alienação parental:

Havendo indício de prática de ato de alienação parental, devem as partes ser encaminhadas ao acompanhamento diagnóstico, na forma da Lei, visando ao melhor interesse da criança. O Magistrado depende de avaliação técnica para avaliar a ocorrência ou não de alienação parental, não lhe sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, na forma do § 2º do artigo 5º da Lei nº 12.318/2010, salvo para decretar providências liminares urgentes (IBDFAM, 2019)

O Enunciado 28, portanto, revela que a comunidade jurídica especializada na temática entende pela imprescindibilidade da prova. E esta dissertação, em mesmo sentido, entende que esta é a única resposta correta ao problema interpretativo do artigo 5º da Lei de Alienação Parental, afinal o princípio da dignidade, enquanto moralmente justificador da especial proteção conferida à criança e adolescente, conforma essa proteção íntegra, interpretativa e moral, segundo a gramática dworkiniana.

E neste sentido rumam nossas disposições legislativas, devendo o juiz, ao decidir sobre a realização da perícia técnica, deferir-lá em todos os casos de indícios de alienação parental, por não haver princípio justificador moralmente mais defensável que a dignidade da criança e do adolescente, que deve ser protegida como forma de garantir sua saúde física e mental, ante a necessidade de convivência familiar saudável e, desta forma, concretizar a doutrina da proteção integral.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Havendo percorrido o caminho traçado na introdução da presente pesquisa, é chegado o momento de apresentar as considerações finais do presente estudo, de modo que ele possa contribuir com a reflexão acerca da necessidade de se buscar a efetiva proteção integral do direito fundamental de toda criança e adolescente à convivência familiar paterna e materna quando do rompimento da relação de conjugalidade de seus pais.

Neste sentido, um dos objetivos desta dissertação foi repensar a proteção e a primazia especial de direitos fundamentais que a Constituição reconheceu às crianças e adolescentes, ao preceituar, em seu artigo 227, a doutrina da proteção integral, superando assim a doutrina da situação irregular, que era o fio condutor da Lei 6.697/79, conhecida como Código de Menores.

Identificado o direito à convivência familiar saudável como um direito fundamental da criança e do adolescente, apresentou-se a alienação parental enquanto uma prática recorrente, especialmente quando do rompimento mal resolvido do relacionamento afetivo de seus pais, sendo uma prática violadora daquele direito e até capaz de causar danos, alguns até mesmo irreversíveis, à saúde psicológica de crianças e adolescentes.

Em que pese a sua gravidade, apenas a partir dos anos oitenta do século passado o problema passou a ser enfrentado de frente pelo Poder Judiciário e pela sociedade civil, com as perícias médicas forenses realizadas por Richard Gardner, médico psiquiatra norte-americano, professor da Clínica de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, que acabou cunhando o termo Síndrome da Alienação Parental, havendo, ele próprio, em 2002, feito uma distinção entre a expressão anteriormente por ele cunhada e a expressão “alienação parental”, ao definir que a síndrome é caracterizada pelo conjunto de sintomas que atinge a criança ou o adolescente programado para odiar o genitor não-guardião, enquanto que a alienação parental limita-se ao ato ou conduta de programar, implantar falsas memórias na pessoa do infante.

Na sequência desta dissertação, foi apresentada a lei 11.698/08, que rompeu com o paradigma da guarda unilateral, regra até então adotada nas ações de disputas de guarda de menores, alterando o Código Civil brasileiro como uma tentativa de aumentar a convivência entre pais e filhos de uniões desfeitas e assim colaborar para o cumprimento da promessa constitucional de direito à convivência familiar saudável.

Em que pese o acerto na evolução da guarda unilateral para compartilhada, também restou latente no presente estudo que esta última, por si só, não foi capaz de cessar a frequência com que crianças e adolescentes eram vítimas de atos de alienação parental.

Neste sentido, adveio a lei 12.318/2010, que ficou conhecida como Lei de Alienação Parental, sendo o texto normativo que, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro,

enfrentou diretamente problema da alienação parental, conceituando o ato de alienação, inclusive exemplificando alguns deles, e reclamando ações efetivas do Poder Judiciário para sua inibição, além de apresentar duas provas técnicas capazes de diagnosticar com a segurança necessária a prática de atos de alienação.

Especificamente em seu artigo 5º, a lei apontou duas perícias a serem realizadas nos casos em que se apresentassem indícios de alienação parental. Entretanto, ao fazê-lo, o texto normativo aparentemente concedeu ao magistrado o poder discricionário de decidir quanto à necessidade ou não da realização da prova técnica.

A partir dessa redação pouco clara do artigo 5º da lei, o presente estudo passou a se debruçar sobre seu problema de pesquisa, a confirmar ou refutar a aparente discricionariedade da lei, submetendo-a a matrizes interpretativas que pudessem garantir a máxima eficácia da proteção constitucional da criança e do adolescente.

Para isto, como esteio teórico referencial da pesquisa, foram eleitas duas teorias que são antagônicas quanto à discricionariedade judicial: a teoria positivista de Herbert Hart, que não apenas a admite, mas a reconhece como necessária e imprescindível para que o direito possa ser completado; e a teoria de Ronald Dworkin que, em sentido diametralmente inverso, não admite o uso da discricionariedade, primeiro por não reconhecer a incompletude do Direito e segundo por não aceitar que ao juiz seja conferida o poder de agir como um legislador consciencioso e assim criar um novo Direito *ex post facto*.

Após um capítulo eminentemente teórico, mas indispensável para fixar o alcance de cada uma das matrizes que iriam submeter a teste o texto do artigo 5º da Lei 12.318, chegou-se ao capítulo final, onde, de fato, a discricionariedade aparente foi posta em xeque.

Aplicando-se a matriz hartiana, foi possível constatar que ela permitiria ao magistrado três escolhas possíveis: não determinar a realização da prova pericial prevista no artigo 5º da Lei; determinar a sua realização; ou, em terceira hipótese, resolver por ele próprio juiz, conhecedor de conhecimentos específicos, realizar a própria perícia. Sopesadas todas as três hipóteses, conclui-se que em apenas uma delas o juiz estaria tutelando os direitos fundamentais da criança e do adolescente, consoante prometido pela Constituição e no interesse de sua proteção integral. Esta escolha, por sua vez, seria aquela em que a perícia fosse deferida e realizada por terceira pessoa, auxiliando a justiça.

Porém, o principal argumento desta escolha, vez que a matriz hartiana é de natureza positivista, foi a existência de preceito normativo no Código de Processo Civil que torna imprescindível a realização de prova por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que acontece nos casos de averiguação de alienação parental. Narrou-

se também que, em sendo a ampla defesa e o contraditório direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, haveria a necessidade da determinação da realização da prova, afirmando-se novamente a necessidade da produção da perícia técnica. Mesmo assim, estes argumentos, embora de reconhecida magnitude, não foram considerados como cabais ou irrefutáveis, o que se percebe pela contraposição argumentativa de Dworkin.

Em sequência o mesmo texto de lei foi submetido a teste interpretativo a partir da teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin, na tentativa de se encontrar um argumento que fosse forte o suficiente para definir apenas uma das respostas como sendo a melhor ou a mais correta. A partir desta matriz, foi investigada a história legislativa brasileira e a construção de uma coerência de princípios que estivessem a guiar a produção de leis e a sua aplicação pelos magistrados.

Então, submetidas a teste interpretativo, a partir da Constituição e das leis infraconstitucionais demonstradas, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Alienação Parental e a Lei 13.431/2017, foi possível identificar um fundamento de Direito capaz de validar uma única escolha interpretativa como sendo a correta quando da aplicação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental: e esta escolha, por sua vez, é aquela que determina a realização da prova pericial quando houverem indícios da prática de atos de alienação parental.

Esta escolha interpretativa se mostrou como a mais correta exatamente porque, simultaneamente, trata todas as crianças e adolescentes brasileiros como iguais e lhes garante um estudo técnico, imparcial, capaz de identificar a prática alienatória e assim melhor subsidiar a decisão judicial.

Conclusivamente, a escolha da matriz dworkiniana se mostrou como a mais acertada para reconhecer o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar saudável e assim garantir-lhes a observância, rechaçando qualquer prática alienadora, a qual, a toda evidência, será, com índice muito maior de precisão e certeza, identificada após a realização da perícia técnica.

Afinal, conforme explicitado a partir do artigo 227 da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana criança e do adolescente é o vetor máximo, moralmente justificador, da intervenção estatal na privacidade das famílias, a fim de dar efetividade à especial proteção prometida, com primazia, a estas pessoas em formação e presumida vulnerabilidade.

Portanto, qualquer outra forma de interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental que não seja pela realização da perícia técnica quando da existência de indícios de prática de atos de alienação é potencialmente violadora de direitos fundamentais da criança e

do adolescente, entre eles o da sua convivência saudável com as famílias paterna e materna. É neste sentido que se pode responder ao problema da pesquisa, propondo-se que somente pela aplicação da matriz dworkiniana na interpretação do artigo 5º da Lei de Alienação Parental será respeitado o valor dignidade da pessoa humana criança ou adolescente e, por corolário, efetivada a promessa constitucional de sua proteção integral.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATALA, Danilo Pires. Filosofia Jurídica: a decisão judicial para Kelsen e Dworkin e o juízo de Kant. Curitiba: Juruá, 2017.

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

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono Afetivo e Alienação Parental podem ser causas de deserdação? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords) **Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart** São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BLANK, G. Kim; NEY, Tara. The (de)construction of conflict in divorce litigation: a discursive critique of “parental alienation syndrome” and “the alienated child”. *Family Court Review*, v. 44, n.1, January, 2006.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a Prova Pericial no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). **Provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BODENHEIMER, Edgar. Hart, Dworkin, and the problem of judicial lawmaking discretion. In: **Georgia Law Review**. Vol. 11:1143, 1976-7. Disponível em: <<http://heinonline.org>>.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei 8.069/1990: Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Lei 10.406/2002: Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Lei 12.318/2010: Lei de Alienação Parental.

BRASIL. Lei 13.431/2017.

BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e os fundamentos da comunidade política: uma análise do capítulo 6 de Law’s Empire. In: COELHO, A.; MATOS, S.; BUSTAMANTE, T. (Orgs) **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CALÇADA, Andreia. **Perdas Irreparáveis – Alienação Parental e Falsas Acusações de Abuso Sexual**. Rio de Janeiro: PUBLIT, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COELHO, André. A Norma Fundamental de Kelsen: Explicando um Conceito Mal Compreendido. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2011/01/norma-fundamental-de-kelsen.html>. Acesso em: 05.10.2019.

DARNAL, Douglas. Divorce Casualties: protecting your children from parental alienation. MD, Lanham: Taylor apud BROKHAUSEN, Tamara. In **Falsas alegações de abuso sexual infantil: o contexto do trabalho do psicólogo brasileiro**. Psicologia Revista, São Paulo, v. 20, n. 2, 2011.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. **Refutações às Críticas à Tese da Resposta Certa a partir da Abordagem Sistemática do Pensamento Dworkiniano**. Itajaí: Novos Estudos Jurídicos. V. 22, n. 2, p. 704, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e Alienação Parental**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: vol. III**. 7. ed., rev. e atual. – São Paulo : Malheiros, 2017.

DOREN, John W. Van. Theories of Professors H.L.A. Hart and Ronald Dworkin – A critique. In: **Cleveland State Law Review**, 29: 279, 1980. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 14 de jul. 2017.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A Guarda dos Filhos na Família em Litúgio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mediação na Alienação Parental: A psicanálise com crianças no Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, A.V.; OLIVEIRA, E.S. (Orgs) **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri, São Paulo: Manole, 2010

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of New York. Riggs v Palmer. 115 NY 506. Nova Iorque, 8 de outubro de 1889. Disponível em: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm). Acesso em 20. jul. de 2017.

FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.38/2010**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARDNER, Richard. **Recent trends in divorce and custody**. Academy Forum. Vol. 29, n. 2, Summer/1985. Disponível em: <https://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>. Acesso em: 14.04.2019.

\_\_\_\_\_. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 14.04.2019.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JENNEX, DAVID. Dworkin and the Doctrine of Judicial Discretion. In: **The Dalhousie Law Journal**, 473, 1991-1992, p. 474. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 14 de jul. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. HARTIGO** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo : Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 5. ed. ver. , atual., e ampl., Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEZUMA, Márcia Amaral. Síndrome de Alienação Parental: Diagnóstico Médico ou Jurídico? In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e Alienação Parental**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado. **Alienação Parental, um termo controverso**. Revista IBDFAM de Famílias e Sucessões, IBDFAM, n. 32, mar./abr. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. Ed. rev. amp. Atual. Salvador:JusPodivm, 2018

OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação Parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar**, In: PEREIRA, Rodrigo (Org.) **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte : IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4.ed. , São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Alienação Parental: uma inversão da relação sujeito e objeto**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e Alienação Parental**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREZ, Elizio Luiz. Boletim IBDFAM nº 54 – Janeiro/Fevereiro de 2009, p. 3-5.

\_\_\_\_\_. **Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e Alienação Parental**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Filipe; PENNA, João Vítor. **O que é o Direito?** In: COELHO, A.; MATOS, S.; BUSTAMANTE, T. (Orgs) **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

ROSA, Conrado Paulino. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSSATO, Luciano A.; LÉPORE, Paulo E.; CUNHA, Rogério S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMET, Yvana Aires Gadelha. **Os filhos de Medeia e a Síndrome de Alienação Parental**. In: Revista de Psicologia da USP. 2016, Vol. 27, n. 3.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental sob a Perspectiva do Direito à Convivência Familiar**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.

STAVROPOULOS, Nicos. **Hart's semantics**. In: **Hart's Postscript: essays on the postscript to The concept of law**. United States: Oxford University Press, 2001.

STEINNER, Joseph M. **Judicial discretion and the concept of law**. In: **Cambridge Law Journal**, 35 (1), April 1976. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 14 de jul. 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. **Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos**. In: FILHO, A.A.; LEITE, G. S.;

ABBOUD, G. (Orgs) **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis (SC) : Tirant lo Blanch, 2018.

TAXI, Ricardo Araujo Dib. Conceitos Interpretativos. In: COELHO, A.; MATOS, S.; BUSTAMANTE, T. (Orgs) **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.