

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

OPORTUNISMO NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Amanda Schefer*

Sumário: 1. Introdução. 2. Alienação Parental. 3. Falsa Acusação de Alienação Parental. 3.1. Análise Econômica do Direito e Comportamento Oportunista. 3.1.1. Uso Oportunista do Judiciário. 3.1.2. Teoria dos Jogos. 3.1.3. Custos de Transação. 3.1.4. Custo de Oportunidade. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO



Quando se fala em Alienação Parental, normalmente a referência feita é aos danos causados aos filhos em razão da *ocorrência* deste fenômeno, da Alienação Parental *perpetrada*. Mas, e quanto aos danos causados aos filhos em razão da Alienação Parental *inventada*, fruto de uma falsa acusação de Alienação Parental? Quais as motivações e o custo implícito a tal atitude?

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

Richard Gardner, médico e perito norte-americano, é o

* Advogada, graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), especialista em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD), mestranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e do Instituto Proteger.

idealizador da denominação Síndrome da Alienação Parental, termo que ganhou notoriedade a partir de 1985, também conhecido em português pela sigla SAP – em inglês, *PAS* ou *Parental Alienation Syndrome*.¹ O fenômeno tem sido denominado por pesquisadores e profissionais também como *Medea syndrome*, *divorce related malicious mother syndrome*, *parental alignments*, *programmed and brainwashed children* e *overburdened children*.²

Gardner define Síndrome da Alienação Parental como um conjunto de sintomas que se verificam na criança vítima de uma espécie de abuso emocional levado a cabo por um dos genitores contra o outro genitor, incluindo (1) campanha depreciativa, (2) razões frágeis, absurdas ou frívolas para a desvalorização; (3) falta de ambivalência; (4) o fenômeno do “pensador independente”; (5) apoio da criança ao genitor alienador no conflito parental; (6) ausência de culpa acerca da crueldade e/ou exploração do genitor alienador; (7) presença de relatos falsos ou distorcidos; (8) propagação de animosidade aos amigos e/ou família estendida do genitor alienado.³

Na definição de Philip Stahl, a Alienação Parental (AP) ocorreria quando a criança imotivadamente rejeita um dos pais devido à influência do outro genitor, com contribuição da própria criança.⁴ A SAP, portanto, refere-se a uma programação

¹ Cf. GARDNER, Richard A. Recent Trends in Divorce and Custody Litigation. Academy Forum, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, pp. 3-7; e FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José (2014), “Síndrome da Alienação Parental, uma iníqua falácia”, *Revista da ESMESEC*, v. 21, n. 27. pp. 82/84.

² RAND, Deirdre C. (2011), “Parental Alienation Critics and the Politics of Science”, *The American Journal of Family Therapy*, 39, 48–71. p. 48.

³ GARDNER, Richard A. (2002), “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?”, *The American Journal of Family Therapy*, 30 (2), 93-115. pp. 93/97.

⁴ Segundo Stahl, o modelo de Richard Gardner é linear, existindo uma única causa (alienação perpetrada pelo alienante) e um efeito óbvio (alienação da criança ou adolescente). Deste modo, a teoria de Gardner sugeriria que, quando uma criança recusar a visitação de um genitor e o outro genitor apoiar tal decisão, estar-se-á diante de um caso de alienação parental. Cf. STAHL, Philip M. (2004), “Understanding and

ou lavagem cerebral realizada por um genitor sobre o filho com a finalidade de denegrir ou vilipendiar o outro genitor, acrescentando-se elaborações construídas pela própria criança e, assim, justificar a resistência dele a manter um relacionamento com o genitor que é definido como alienado.⁵

Há diversas críticas às formulações de Gardner e à SAP.⁶ Não obstante, os termos *Alienação Parental* e *Síndrome da Alienação Parental* ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro há cerca de seis anos, contando com uma aceitação quase unânime e sendo cada vez mais utilizados em casos conturbados de divórcio.⁷ Os *meios punitivos* à conduta alienadora estão enumerados no art. 6º da Lei nº 12.318/2010, podendo ser usados de forma cumulativa, conforme expressa previsão do *caput*.

Curiosamente, o Brasil aparece como um dos únicos países com farta jurisprudência e legislação atinente à alienação

Evaluating Alienation in High-Conflict Custody Cases”, *Wisconsin Journal of Family Law*, v. 24, 1. p. 1.

⁵ Cf. La Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. (2010), “La Asociación Española de Neuropsiquiatría hace la siguiente declaración en contra del uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 30, n. 107, 535-549. p. 535.

⁶ Dentre as quais: a) A SAP é uma teoria rejeitada pela Associação de Psiquiatria Americana e pela OMS; b) A SAP não preenche os critérios de admissibilidade científica exigidos pelos Tribunais norte-americanos; c) O carácter indeterminado e circular dos critérios diagnósticos de SAP; d) Origem sexista e pró-pedófila das teses de GARDNER; e) As provas psicológicas e a discriminação das mulheres; f) A desvalorização das alegações de abuso sexual e de violência de género; g) A SAP coloca em risco mulheres e crianças vítimas de violência.⁶ De fato, a atual versão do Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais da Associação de Psiquiatria Americana, o DSM-5, não faz menção à Alienação Parental ou à sua consequência patológica, que seria a SAP. Cf. American Psychiatric Association. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos Mentais: DSM-5*. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-file/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeducador/2015/DSM%20V.pdf>>.

⁷ FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. Síndrome da Alienação Parental... p. 81.

parental, o que vem sendo criticado, sobretudo em face dos graves reflexos que uma *utilização maliciosa* pode gerar nas crianças.⁸

Segundo Maria Clara Sottomayor, a SAP tem um grande poder de sedução para os Tribunais na medida em que oferece soluções demasiado fáceis e lineares para resolver problemas complexos.⁹ As crianças têm sentimentos e desejos próprios, sendo a recusa ao convívio um fenômeno multifatorial, não resultando necessariamente de alienação parental.¹⁰

Neste contexto, um importante aspecto de debate é a permissão legal de *decisões cautelares* com base em *indícios* de alienação parental (artigos 4º e 6º), o que denota um caráter intimidador, servindo como *barganha ao acusador* pela aplicação da *teoria da ameaça*, que consiste na utilização da lei como ameaça face ao extenso rol punitivo aplicável ao acusado de alienação parental.¹¹ Ou seja, a simples declaração de indícios de alienação parental autoriza, no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação de sanções ao pretense genitor alienador.¹²

Para Sottomayor, a *terapia da ameaça* e a transferência da guarda para o genitor que se diz vítima de alienação parental, com base em acusações e presunções de manipulação em face da recusa da criança por aplicação automática da SAP, sem

⁸ Segundo Cláudia Galiberne Ferreira e Romano José Enzweiler, trata-se de um neomodismo jurídico, tendo a promulgação desta lei ocorrido de modo acríptico e sem o respaldo de densas e necessárias discussões, ao contrário do que ocorre em diversos outros países, nos quais a temática é fonte de intensas discussões e rejeições com fulcro na falta de credibilidade científica da tese de Gardner. Cf. FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. Síndrome da Alienação Parental... pp. 81/82, 85, 114.

⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica... p. 98.

¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica... pp. 73/74.

¹¹ FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. Síndrome da Alienação Parental... pp. 115/116, 118.

¹² CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa; SILVA, Fabricio Bento (2014). "Alienação parental: órfãos de pais vivos, uma abordagem crítica sobre a alteração da guarda do menor", *Legis Augustus*, v. 5 n. 1, 70-85. p. 80.

provas rigorosas das circunstâncias do caso concreto, acabam por traumatizar ainda mais as crianças.¹³

A dificuldade probatória, em um sentido ou outro, é evidente, mesmo com auxílio especializado multidisciplinar, com ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, análise do histórico processual e da conduta das partes, não apenas pela complexidade e pela gravidade do que se perquire, mas também pelo prazo legal para elaboração de laudo pericial, de escassos noventa dias.

3. FALSA ACUSAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Ainda que se presuma a boa-fé, nem sempre ela estará presente. É preciso um olhar atento e cauteloso não apenas à postura daquele acusado de alienador, mas ao acusador, dito alienado. A SAP, sem sombra de dúvidas, pode ser invocada com objetivos escusos, inclusive, de *mascarar verdadeiros crimes de abuso sexual infantil*.¹⁴

Maria Clara Sottomayor refere que, em Portugal, a alienação parental tem sido suscitada em casos de violência doméstica com a finalidade de imputar uma intenção de afastar os filhos do convívio com o genitor processado criminalmente. Alguns tribunais têm desvalorizado as alegações de abuso sexual com base na síndrome de alienação parental e, posteriormente, deparam-se com provas contra o progenitor abusador, condenado em processo-crime.¹⁵

A acusação da prática de alienação parental pode também ter lastro em motivações financeiras, como obtenção de poder de barganha na negociação dos termos do divórcio: guarda dos filhos, pensão alimentícia, partilha de bens etc. Também, pode intencionar a continuidade e o acirramento do litígio como

¹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica... pp. 94/95.

¹⁴ FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. Síndrome da Alienação Parental... p. 120.

¹⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica... pp. 101, 104.

uma forma de manutenção de vínculos ou simplesmente buscar prolongar o andamento do feito, sem qualquer preocupação face à ausência de repercussões quanto ao deslinde negativo da pretensão que não uma simples declaração de improcedência.

A proposição de uma ação desta natureza pode ter um objetivo retaliatório, o *backlash*¹⁶, visto que o custo emocional e financeiro de suportar uma demanda judicial pode não ser o mesmo para cada uma das partes envolvidas. Ou, ainda, configurar em si uma prática alienadora, como instrumento de exclusão do vínculo parental com o genitor acusado.¹⁷

É preciso tentar compreender, caso a caso, os motivos pelos quais os filhos estão a rejeitar um dos genitores, analisando inclusive o comportamento do genitor rejeitado.¹⁸ Não raro, é o próprio genitor se anula da vida dos filhos, a jurisprudência é farta de casos de abandono filial. E se depois de meses ou anos este genitor reaparece, reivindicando um afeto não construído perante os filhos, não poderá haver uma tendência a acreditar que a mãe tenha de alguma forma alienado? E nas situações em que os genitores estão há anos litigando judicialmente, muitas vezes com incumprimento de determinações judiciais de visitas, será que não haverá de ser fácil alegar uma alienação parental perpetrada pelo ex-cônjuge?

Advogando no Brasil, presenciei de perto um caso exatamente assim. Um casal que há quase uma década litigava judicialmente seu divórcio, no qual o genitor, sem conseguir diferenciar as relações conjugal e parental, foi cada vez mais afastando-se dos filhos, não obstante as reivindicações da ex-mulher acerca da participação paterna. Não os visitava, não os inseria em sua nova vida, nem se preocupava em cumprir com

¹⁶ FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. Síndrome da Alienação Parental... pp. 82/83.

¹⁷ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. (2012), "A síndrome da alienação parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores", *RIDB*, 1, n. 1, 245-279. p. 267.

¹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica... p. 107.

sua obrigação alimentar. Ao fim do processo, não tendo atingido seus objetivos monetários e esgotados todos os recursos possíveis, este genitor ingressou com uma Ação Declaratória de Alienação Parental contra a ex-mulher. Mais de dois anos de tramitação desta nova ação, toda a família submetida a perícia, os laudos evidenciaram que não havia alienação parental.

Outro exemplo, com consequências trágicas e irreversíveis, é o Caso Joanna, como ficou conhecido no Brasil, ocorrido em 2010 no Rio de Janeiro. A menina Joanna Cardoso Marcenal Rodrigues Marins, de cinco anos de idade, teve a guarda materna revertida em favor do pai com base em uma falsa acusação de alienação parental e um laudo psicológico que, segundo informações, teria sido elaborado sem ouvir Joanna e membros da família materna.¹⁹ Mesmo com registros policiais de agressão por parte do pai e da madrasta, a guarda foi revertida em favor dele, proibidos contatos da mãe com a filha durante 90 dias.²⁰ Menos de três meses depois, Joanna foi internada, vítima de maus tratos (acusados de tortura o pai e a madrasta), apresentando marcas de queimaduras e hematomas pelo corpo, vindo a falecer.²¹

É preciso considerar *dois grupos de falsos acusadores* de alienação parental: os *delirantes*, que realmente acreditam estar sendo alienados; e os *maliciosos*, que utilizam falsamente tal argumento para obter vantagens no litígio.²² Em analogia ao que prescreve o art. 3º da Lei 12.318/2010, no caso dos acusadores maliciosos, não parece incorreto aferir que a falsa acusação também pode ferir direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudicando a

¹⁹ http://istoe.com.br/96766_AS+VARIAS+TRAGEDIAS+DE+JOANNA/

²⁰ http://istoe.com.br/96766_AS+VARIAS+TRAGEDIAS+DE+JOANNA/

²¹ <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/caso-joanna-morte-de-menina-torturada-e-atendida-por-falso-medico-completa-4-anos-sem-condenacoes-30082014>

²² FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. Síndrome da Alienação Parental... p. 121.

realização de afeto nas relações parentais e seu grupo familiar, constituindo um *abuso moral* contra elas e um descumprimento dos deveres decorrentes de tutela ou guarda.

Deve haver muita atenção por parte dos operadores do direito e dos profissionais multidisciplinares envolvidos nestes casos compreensão global do contexto em que a contenda está inserida, para não se cegarem ou deixarem manipular. Ou seja, imperioso detectar se tal consiste em uma suspeita fundada ou de mera manobra processual, uma aventura jurídica proposta levemente, instrumentalizando os filhos com um objetivo retaliatório, gerando-lhes desnecessariamente sofrimento, instabilidade e ansiedade e imputando-lhes danos ao seu desenvolvimento e danos à relação parental como um todo. A falsa acusação de alienação parental é um claro exemplo de comportamento oportunista.

3.1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

A Análise Econômica do Direito representa uma forma de identificar comportamentos, escolhas e tomadas de decisão (suas razões e consequências). Devido à sua forma abordagem, ela está especialmente atenta a oportunismos estratégicos das partes face a eventuais deficiências da tutela jurídica.²³ A tradicional abordagem econômica ao comportamento (à qual aderimos) baseia-se em uma teoria de decisões individuais: a teoria da escolha racional (ou *modelo do agente racional*), que explica em termos econômicos a forma como as pessoas fazem escolhas.²⁴

²³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 14/16.

²⁴ Neste sentido: BECKER, Gary S. (1993), “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, *The Journal of Political Economy*, 101/3, 385-409. p. 402; e COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. pp.

Um dos pressupostos centrais do modelo do agente racional é o de que a maioria das pessoas é racional e, portanto, têm um comportamento maximizador, pois a racionalidade exige a maximização.²⁵ Outro pressuposto é o de que as *pessoas respondem a incentivos*, de modo que, se seu entorno mudar de tal forma que elas possam aumentar sua satisfação através de uma alteração comportamental, elas assim o farão.²⁶ Um terceiro pressuposto é o de que a interação de agentes maximizadores tende ao equilíbrio (ponto de repouso), que pode ser estável (mantendo-se a menos que seja abalado por fatores externos) ou instável.²⁷

Esta teoria objetiva explorar as implicações da racionalidade maximizadora em todas as áreas da vida: objetivos, satisfações, interesses pessoais etc., o que pode ser resumido no termo *utilidade*.²⁸ Ela permite generalizações acerca do comportamento humano, atribuindo uma linha de conduta previsível segundo a qual, dentre opções disponíveis, a escolha será sempre por aquela que ofereça maior satisfação, dependendo da informação disponível sobre as opções e consequências e da probabilidade de determinados resultados futuros.²⁹

Muito embora o modelo da escolha racional possa ser considerado frágil para descrever decisões individuais, ele permanece como uma válida aproximação de descrição do comportamento humano.³⁰ Sua aplicação prática pode ser

37, 41.

²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* p. 36.

²⁶ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6.ed. New York: Aspen, 2003. p. 04.

²⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* p. 37.

²⁸ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law...* p. 03.

²⁹ Neste sentido: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 31/32; e GAROUPA, Nuno. (2002), “Análise Económica do Direito”, *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n. 32, 23-38. pp. 23/24.

³⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito...* p. 37.

extremamente benéfica nas disputas familiares, sobretudo porque visa à racionalização do conflito (afastando emoções decorrentes de relação desgastada), maximização das vantagens possíveis (ou seja, o bem-estar) e redução dos custos financeiros, temporais emocionais.

Tal ocorre através da ponderação entre *custos e benefícios*, vantagens e desvantagens, em um contexto de *racionalidade limitada* e de recursos escassos, que obriga a todos a fazer escolhas levando em consideração o *custo de oportunidade* face às outras opções que foram preteridas.

3.1.1. USO OPORTUNISTA DO JUDICIÁRIO

Inúmeros países têm vivido uma fortíssima crise de excesso de processos em andamento, vindo a mídia noticiando índices de litigiosidade altíssimos, os quais conduzem a uma crise de ineficiência e morosidade, majorada por demandas oportunistas.³¹

A *disparidade econômica* entre as partes, no âmbito do processo judicial, representa uma inegável vantagem à que dispõe de maiores recursos, não apenas pela possibilidade de ingressar com uma demanda judicial (ameaça de litígio plausível e efetiva) e suportar os custos da sua longa tramitação, mas também na produção de provas e discussão da causa, apresentando seus argumentos de forma muito mais eficiente.³²

Não é raro os litigantes aproveitarem a seara judicial para continuar a brigar, buscando o Poder Judiciário não para administrar ou solucionar seu conflito, mas para incrementá-lo.³³ Estes litigantes buscam uma solução que não é jurídica,

³¹ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. (2016), “A Mediação, a Conciliação e os Grandes Litigantes do Judiciário”, *Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia*, 23, 76-87. p. 78.

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

³³ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e*

utilizando o processo judicial com a finalidade de expor e agredir o outro, fazendo do litígio uma forma de *manutenção de vínculos*, com desnecessários custos financeiros e emocionais a eles próprios.

Assim, não é raro que novas demandas venham a ser propostas pelas mesmas partes, com base no mesmo conflito ou em questões a ele conexas, sobretudo no âmbito da família.³⁴ É necessário que o Judiciário reconheça e combata essa convocação a contracenar e sustentar a perpetuação do litígio, inserido em um contexto de jogo encenado conjuntamente pelas partes com base em motivações conscientes ou inconscientes.³⁵

Neste contexto, a mediação, que é especialmente indicada nos casos de *relações continuadas* (como nas questões de família), pode auxiliar as partes, através da compreensão do histórico da controvérsia, a superar a existência de graves falhas de comunicação, o apego a determinadas posições e mesmo o desejo de acirramento do conflito.³⁶

Com efeito, os mecanismos informais de resolução de conflitos concentram-se na reparação das relações e na barganha de boa-fé de cada parte na busca pelas melhores soluções. Ainda que não tenha uma obrigação de resultado, a mediação busca o diálogo produtivo e a clarificação das alternativas com uma finalidade cooperativa, permitindo-lhes compreender o conflito real e, assim, negociar com maior facilidade ou, ao menos, clareza na busca por uma solução adequada à resolução do conflito.

Muito embora o artigo que previa a mediação na Lei de Alienação Parental tenha sido vetado quando da sua

mediação: uma visão psicojurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 120.

³⁴ Cf. CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação...* pp. 93, 123.

³⁵ Cf. ANTUNES, Ana Lúcia Marinônio de Paula; Andrea Seixas Magalhães; Terezinha Féres-Carneiro. (2010), “Litígios intermináveis: uma perpetuação do vínculo conjugal?”, *Aletheia*, n. 31, 199-211. p. 209.

³⁶ TARTUCE, Fernanda. *Opção por Mediação e Conciliação...* p. 09.

promulgação, ela pode ser aplicada quando estiverem em causa direitos indisponíveis que admitam transação, desde que mediante posterior outorga judicial.³⁷ Quando atingido um acordo, ele tende a ser personalizado, duradouro e com maiores chances de cumprimento, funcionando como uma forma de gestão do conflito, humanizando e reorganizando as relações como forma de preservá-las. Assim, pode também a mediação ser um interessante (e eficiente) meio para combater o uso oportunista da acusação de alienação parental.

3.1.2. TEORIA DOS JOGOS

Quando se fala em teoria estratégica dos jogos, o que se pretende realçar é a capacidade adaptativa das partes incorporada a lances de *interação*. Esta teoria estuda as interações entre as pessoas e a interdependência de suas decisões, tão fortes e eficazes que são capazes de influenciar substancialmente a esfera de interesses de outra pessoa e suas reações (preventivas ou retaliatórias) e de gerar repercussão àquele que fez a jogada inicial.³⁸

Em outras palavras, a teoria dos jogos analisa atitudes estratégicas de articulação de interesses em um ambiente de incerteza e dificuldade de coordenação, demarcado por extremos de rivalidade e cooperação, com reconhecimento da interdependência de cada decisão gerando impactos e reflexos sequenciais em atos e decisões dos demais envolvidos, com objetivo de resultados úteis a cada um ou a todos.³⁹

Considerando que ela trata do comportamento estratégico racional, são apresentadas diversas aplicações ao direito e a comportamentos estratégicos, inclusive em

³⁷ Neste sentido, por exemplo, a legislação brasileira (Art. 3º da Lei nº 13.140/2015) e portuguesa (Art. 11º da Lei nº 29/2013).

³⁸ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 380, 386.

³⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia...* p. 380.

negociações, litigância e composição (acordos).⁴⁰

Como o processo judicial é contínuo, respeitando o princípio do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, ele consiste em jogos com lances múltiplos e subsequentes (*jogos repetidos* indefinidamente), sendo possível o aprendizado acerca da conduta alheia. Tendo em vista que as pessoas respondem a *incentivos*, a partir da postura adotada por um litigante, o outro irá colaborar ou agir egoisticamente, retaliando posturas inadequadas.

A *reciprocidade* demonstra ser um verdadeiro remédio à premissa racional egoística, seja pelo viés positivo (da cooperação), seja pelo negativo (da retaliação).⁴¹ Por consistirem em rodadas subsequentes, os *jogos repetidos* demonstram que cada uma das partes reage na próxima rodada com base na forma como a outra parte agiu na rodada anterior, cooperando ou retaliando (“pagando na mesma moeda”), o que representa um equilíbrio eficiente e um incentivo à cooperação.⁴²

A maioria das pessoas preocupa-se com sua imagem social, querendo gerar nos demais a percepção de uma conduta justa, cooperativa e aberta à reciprocidade. Muitos tomam esta reputação como incentivo, agindo de acordo com a mera expectativa da conduta alheia. Assim, a espontaneidade de cooperação de determinados indivíduos tem como fundamento efeitos de *reputação* e de prestígio por eles pretendidos.^{43 44}

⁴⁰ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law...* p. 21.

⁴¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato...* pp. 325/326.

⁴² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* pp. 238/239, 245.

⁴³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato...* p. 322/325.

⁴⁴ A teoria de jogos não-cooperativos diz respeito à análise de situações estratégicas, a qual envolve um grupo de pessoas, havendo uma interdependência, de modo que as ações de uma têm um impacto não trivial no bem-estar de cada um dos outros; criando uma expectativa de como os outros devem agir. A forma estratégica de um jogo é definida por três elementos: o conjunto de jogadores (*set of players*), um conjunto de estratégias (*strategy set*) para cada jogador (ou seja, uma completa descrição do comportamento ao longo do jogo) e uma função de recompensa (*payoff function*) para cada jogador. Cf. HARRINGTON Jr., Joseph E. (1998), “Non-Cooperative Games”.

Em relações estáveis, a aprendizagem recíproca e a necessidade de continuidade desta relação permitem maior amplitude a manifestações altruístas.⁴⁵ Mas, em um contexto conflituoso, não é incomum que as atitudes das partes mudem sobremaneira especialmente face a fatores emocionais muito fortes, ensejando comportamentos pouco racionais e atitudes imprevisíveis.

O fim do relacionamento conjugal não raro apresenta o problema do fim do jogo (*endgame*), em que a tendência será a não cooperação, pois, afastado o medo de retaliação, haverá uma tentativa de maximização de retorno individual.⁴⁶ O *endgame* consiste em um oportunismo intencional, consubstanciado na mudança inesperada de postura (*venire contra factum proprium*), podendo levar à litigância judicial quando houver otimismo quanto à heterodisciplina.

Assim, é preciso que os envolvidos busquem *racionalizar* o conflito, evidenciando ao casal os benefícios da cooperação, sobretudo com vistas à continuidade da relação em razão da repercussão nos filhos comuns, incentivando o restabelecimento do equilíbrio entre as partes e as vantagens relacionais através da demonstração das perdas resultantes do *endgame*.

Neste contexto, atitudes de altruísmo e de *cooperação* dependerão da motivação e dos *incentivos* existentes.⁴⁷ Os incentivos ao acordo aumentam à medida em que: (1) aumentam os custos de julgamento, (2) aumenta o alinhamento das informações detidas pelas partes (ou seja, aumento da simetria informativa), (3) diminuem as expectativas de cada parte a

in Newman, P. (Org.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, II, 684-690. pp. 684/685.

⁴⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia...* p. 86.

⁴⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* p. 241.

⁴⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito...* p. 31.

respeito das suas chances de ganho com o julgamento.⁴⁸

Quando não *colaboram* entre si, as partes estão buscando egoisticamente a maximização de seus ganhos pessoais, uma estratégia que pode ser considerada dominante, sobretudo em um cenário de conflito. No entanto, através da cooperação, é possível chegarem a um ótimo de Pareto, em que ambas ganham (maximizam reciprocamente seus ganhos).

Segundo a teoria dos jogos, numa situação estratégica, com forte influência dos *custos de cooperação*, as partes cooperarão quando os benefícios sejam iguais ou superiores aos de não cooperar. Duas são as premissas para que seja atingido um resultado cooperativo: que as partes tenham idênticas expectativas quanto ao resultado do julgamento e que ambas suportem aproximadamente os mesmos custos de transação para solucionar a disputa.⁴⁹

A análise custos-benefícios está intrínseca e complementarmente ligada à teoria dos jogos, pois permite considerar na sua avaliação uma *antecipação de comportamento* dos litigantes e expectativas quanto ao jogo em causa, com aplicação nas fases de pré-litigância, litigância, negociação judicial e extrajudicial.⁵⁰ Assim, em um ambiente *não-cooperativo*, com *incentivos* à agressividade e à não-conformidade, uma solução seria a utilização de um ponto focal para demonstrar aos jogadores a forma como estão jogando, tornando previsíveis os passos de cada jogador e, assim, favorecendo a coordenação.⁵¹

⁴⁸ HAY, Bruce L.; SPIER, Kathryn E. (1998), "Settlement of litigation", In: Newman, Peter (Org.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, III, 442-450. p. 444.

⁴⁹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 61/62.

⁵⁰ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância...* pp. 19/20, 36.

⁵¹ Trata-se de uma analogia à lição de Fernando Araújo a respeito da relação de trabalho. Quanto à formulação original, ver: ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia...* pp. 382/383.

Um dos grandes elementos influenciadores na decisão entre litigar e acordar é a *expectativa de ganho* ou perda que cada uma das partes tenha a respeito da demanda.⁵² Quando o comportamento das partes for estratégico ou não for racional, se não houver conhecimento suficiente ou se as partes de basearem em premissas e informações equivocadas, pode haver inibição do intercâmbio de informações essenciais à convergência de *expectativas*, pelo que as *estimativas* de cada uma divergirão.⁵³

Quanto mais confiança as partes conflitantes tiverem com relação a uma vitória judicial, menor será a chance de um acordo, pelo que, do ponto de vista social, torna-se vantajosa a redução de excessos de confiança pelo sistema legal.⁵⁴

Afinal, as pessoas respondem a *incentivos* e provocações, positivos e negativos, que emanam das possibilidades de melhorar sua situação ou evitar desvantagens.⁵⁵ Neste contexto, a economia vem fornecendo importantes subsídios à compreensão da ciência jurídica (regras e instituições jurídicas) e à prática do direito, sobretudo ao analisar a forma como estas reações a incentivos ocorrem, prevendo os *efeitos das sanções legais sobre o comportamento*.⁵⁶

A legislação, da forma como está posta, pode representar

⁵² HAY, Bruce L.; SPIER, Kathryn E. Settlement of litigation... p. 443.

⁵³ Cf. MNOOKIN, Robert H. (1998), "Alternative Dispute Resolution". In: Newman, Peter (Org.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, I, 56-60. p. 58; e COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* p. 423.

⁵⁴ GAROUPA, Nuno. *Análise Económica do Direito...* pp. 33/34.

⁵⁵ Neste sentido: ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia...* p. 69; e MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Económica do Direito...* p. 31.

⁵⁶ Robert Cooter e Thomas Ulen explicam que, para análise econômica do direito (segundo a teoria comportamental), as sanções se assemelham aos preços na medida em que as pessoas reagem a ambos basicamente da mesma forma: quanto maior a sanção (ou maior o preço), menor é a incidência de determinado comportamento a ele atinente. Da mesma forma, quanto mais alto for o preço pela quebra contratual, mais forte será o compromisso (incentivo) ao seu cumprimento, ou seja, cumprir deve ser mais eficiente que descumprir. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* pp. 24/25, 213, ss.

em si mesma um incentivo a condutas oportunistas diante da facilidade da propositura de acusações de alienação parental, não havendo qualquer punição às falsas declarações ou forma inquestionável de detectar quando uma acusação inverídica é *maldosa ou não*.

Neste contexto, o papel do direito parece ser o de facilitar sanções destinadas ao cumprimento de suas regras, desencorajando comportamentos oportunistas de exploração alheia. Em outras palavras, o direito pode e deve articular soluções não violentas (cooperativas) para conflitos, definindo as instituições que farão prevalecer tais soluções e permitindo evitar outros potenciais conflitos.⁵⁷

3.1.3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Basicamente, os custos de transação são os custos das trocas, compostos por três fatores: busca de um parceiro negocial; negociação e correspondente estabelecimento de um acordo; e cumprimento dos termos acordados.⁵⁸ O custo mais expressivo é o de negociação, influenciando no seu sucesso ou fracasso, sobretudo quando estiverem envolvidos fatores emocionais.⁵⁹ Dentre os custos impeditivos à negociação estão os *custos de comunicação*.^{60 61}

⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito...* pp. 67, 83.

⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* p. 105.

⁵⁹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. *Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 123.

⁶⁰ Robert Cooter e Thomas Ulen apontam para o fato de que as pessoas podem ocultar informações com objetivo de obter vantagens na negociação, mas também para economizar custos de comunicação quando os fatos em questão possam não ser compreendidos pela contraparte. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* pp. 102, 105, 233.

⁶¹ Sobretudo quando as partes usam formas de expressão e linguagem distintas (inclusive afetivas). Neste sentido, Gary Chapman refere existirem cinco linguagens para o amor: palavras de afirmação, tempo de qualidade, presentes, atos de serviço e

Segundo o Teorema de Coase, quando os custos de transação forem suficientemente altos para impedir a negociação (casos difíceis ou complicados), o uso eficiente dos recursos dependerá da forma como são atribuídos os direitos de propriedade, ou seja, os direitos de cada parte.⁶² Portanto, quanto mais claros estiverem os direitos das partes e quanto mais amistosas elas forem, menores serão os custos de transação.⁶³

Um direito, por sua vez, será mais eficiente quanto mais clara e simples for sua prescrição; do contrário, quando ambíguo, incerto ou complexo, ele representará um *obstáculo à cooperação*. Em outras palavras, a clarificação dos direitos de cada parte facilita a barganha e as trocas, pois reduz a assimetria informativa e os *comportamentos oportunistas*.^{64 65}

Isso porque as condições de *interação e cooperação* entre as partes em conflito serão, por vezes, impostas por fatores externos à relação, como, por exemplo, pela legislação, que poderá incrementar ou reduzir os custos de transação. Os direitos das partes são definidores de seus *valores de ameaça* em âmbito jurídico, pelo que maior será a *probabilidade de cooperação* na negociação quanto mais claros forem para as partes os seus direitos.⁶⁶

3.1.4. CUSTO DE OPORTUNIDADE

Conforme referido, a decisão de ingressar em juízo decorre da confiança do autor de que o proveito que extrairá do

toque físico, cuja falta de compreensão de parte a parte pode gerar inúmeros conflitos. Cf. CHAPMAN, Gary. *As 5 linguagens do amor*. Tradução: Emirson Justino. 3.ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2013. pp. 37/

⁶² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* pp. 103/105, 293.

⁶³ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. *Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família...* p. 124.

⁶⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* pp. 106/107, 245.

⁶⁵ A falta de clareza ou conhecimento legal por uma das partes gera uma assimetria informativa, dando margem a comportamentos oportunistas por parte da que os detém.

⁶⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* pp. 106, 109.

processo será superior aos custos econômicos a ele inerentes; no entanto, o acentuado custo temporal tende a desincentivar a propositura de novas ações judiciais.⁶⁷ Os custos de litigância têm um efeito dissuasor na medida em que uma parte sabe que a outra pode ter efetivo interesse em litigar contra ela. Quando, ao revés, são impostas barreiras à litigância, gera-se um *negative expected value* à decisão de litigar, reduzindo a credibilidade de uma ameaça de recurso à tutela judicial.⁶⁸

O decurso do tempo de tramitação processual representa um custo para os litigantes e é uma consequência do congestionamento do Judiciário e dos serviços por ele prestados, o que incrementa outros custos indiretos, como os decorrentes da incapacidade administrativa, da burocracia (*red tape*), da incerteza, do erro judicial e custos de oportunidade.⁶⁹

Custo de oportunidade é o custo de todos os benefícios perdidos ao preterir determinadas opções em favor das escolhas que foram feitas.⁷⁰ Assim, ao maximizar a utilidade de uma determinada decisão, as pessoas precisam levar em conta as oportunidades das quais abdicaram, devendo preferir (segundo a vantagem comparativa) se envolver em negócios nos quais seus custos de oportunidade sejam os menores possíveis, especialmente em comparação com o de outras pessoas.⁷¹

O bem-estar individual pode ser medido pela utilidade da decisão tomada e pelos custos de oportunidade na preterição de outras decisões possíveis em termos materiais ou imateriais (como amor, alegria, desilusão), sendo que não há uma medida exata da utilidade individual, mas um conjunto axiomático estabelecedor de ordem ou hierarquização de escolhas.⁷² Dentre

⁶⁷ CRISTOFANI, Claudia Cristina. (2015), “Ações repetitivas nos juizados cíveis: precisão na quantificação de danos e julgamento por amostragem”, *Revista CNJ*, I, 16-28. p. 16.

⁶⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato...* pp. 567/568.

⁶⁹ CRISTOFANI, Claudia Cristina. *Ações repetitivas...* p. 16.

⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia...* pp. 30, 37.

⁷¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia...* p. 53.

⁷² GAROUPA, Nuno. *Análise Económica do Direito...* p. 25.

os custos de oportunidade, é possível relacionar os atinentes a uma convivência pacífica e proveitosa com o(s) filho(s), a qual depende, ainda que indiretamente, de um relacionamento minimamente amigável com o outro genitor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática do comportamento oportunista no âmbito das falsas acusações de alienação parental, no mais das vezes, passa ao largo dos debates jurídicos, merecendo maior atenção em face da gravidade da sua repercussão às crianças e adolescentes, a quem a lei deve especial proteção e que acabam sendo os maiores prejudicados com tais condutas maliciosas.

Os conflitos em âmbito familiar ocorrem entre pessoas que normalmente seguirão relacionando-se, de uma forma ou de outra, como no caso de existirem filhos comuns. Devido à forte carga emocional envolvida na ruptura conjugal, é preciso auxiliar as partes em litígio para que sigam um processo de escolha racional, com a criação de um ambiente de confiança e cooperação, de facilitação ou restabelecimento da comunicação e incentivo à revelação eficiente de informações com vistas a um bem maior, que é a qualidade da relação parental.

Uma forma de buscar a cooperação recíproca é possibilitar a escolha de uma linha de conduta com base na clarificação dos seus direitos e das *opções disponíveis*, bem como das *consequências* e da *probabilidade* de determinados resultados futuros e compreensão dos danos e prejuízos que podem ser ou estão sendo causados por suas atitudes individuais na esfera coletiva familiar e, em especial, quanto à pessoa dos filhos. Ou seja, demonstrar às partes as consequências de determinadas escolhas a curto, médio e longo prazo e que não conflito representa uma maximização do seu bem-estar, aumentando sua própria satisfação pessoal e minimizando as perdas (prejuízos) relacionais, emocionais e financeiras.

Assim, deve buscar-se contornar falhas de racionalidade que influenciam na formação da vontade, como sentimentos (ideiais, crenças religiosas, prazer, objetivos indiretos), assimetria informativa (informações disponíveis) e *comportamentos oportunistas*, com redução, pelo sistema legal, de excessos de confiança (*expectativas de ganhos*) de modo que a cooperação se mostre mais vantajosa que o comportamento egoístico e beligerante.

Os advogados têm um papel imprescindível neste contexto, pois são os “primeiros juízes do caso”, empenhando-se em uma advocacia colaborativa. Além da orientação jurídica, cumpri-lhes também o esclarecimento ao seu cliente acerca da vantagem relacional no ajustamento de deveres a fim de preservar com a contraparte uma relação continuada.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- American Psychiatric Association. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos Mentais: DSM-5*. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-file/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeeducador/2015/DSM%20V.pdf>>.
- ANTUNES, Ana Lúcia Marinônio de Paula; Andrea Seixas Magalhães; Terezinha Féres-Carneiro. (2010), “Litígios intermináveis: uma perpetuação do vínculo conjugal?”, *Aletheia*, n. 31, 199-211.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. (2016), “A Mediação, a Conciliação e os Grandes Litigantes do Judiciário”, *Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia*, 23, 76-87.
- BECKER, Gary S. (1993), “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, *The Journal of Political Economy*, 101/3, 385-409.
- CABRAL, Lidia Caldeira Lustosa; SILVA, Fabricio Bento (2014), “Alienação parental: órfãos de pais vivos, uma abordagem crítica sobre a alteração da guarda do menor”, *Legis Augustus*, v. 5 n. 1, 70-85.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- CHAPMAN, Gary. *As 5 linguagens do amor*. Tradução: Emirson Justino. 3.ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CRISTOFANI, Claudia Cristina. (2015), “Ações repetitivas nos juizados cíveis: precisão na quantificação de danos e julgamento por amostragem”, *Revista CNJ*, I, 16-28.
- FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José (2014), “Síndrome da Alienação Parental, uma iníqua falácia”, *Revista da ESMESC*, v. 21, n. 27.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. (2012), “A síndrome da alienação parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores”, *RIDB*, 1, n. 1, 245-279.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. *Análise econômica do*

- divórcio: contributos da economia ao direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- GARDNER, Richard A. (1985), “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, v. 29, n. 2.
- GARDNER, Richard A. (2002), “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?”, *The American Journal of Family Therapy*, 30 (2), 93-115.
- GAROUPA, Nuno. (2002), “Análise Económica do Direito”, *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n. 32, 23-38.
- HARRINGTON Jr., Joseph E. (1998), “Non-Cooperative Games”. in Newman, P. (Org.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, II, 684-690.
- HAY, Bruce L.; SPIER, Kathryn E. (1998), “Settlement of litigation”, In: Newman, Peter (Org.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, III, 442-450.
- La Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. (2010) “La Asociación Española de Neuropsiquiatría hace la siguiente declaración en contra del uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 30, n. 107, 535-549.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MNOOKIN, Robert H. (1998), “Alternative Dispute Resolution”. In: Newman, Peter (Org.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, I, 56-60.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6.ed. New York: Aspen, 2003.

- RAND, Deirdre C. (2011), “Parental Alienation Critics and the Politics of Science”, *The American Journal of Family Therapy*, 39, 48–71.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2011), “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, *Julgar*, n. 13, 73-107.
- STAHL, Philip M. (2004), “Understanding and Evaluating Alienation in High-Conflict Custody Cases”, *Wisconsin Journal of Family Law*, v. 24, 1.
- TARTUCE, Fernanda (2016), “Opção por Mediação e Conciliação”, *Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia*, 23 (verão), 07-14.