A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGAÇÃO DE VISITAS QUANDO HÁ MEDIDA PROTETIVA PARA GENITORA ORIGINADA POR AMEAÇA DE VIOLAÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA[†]

Victor Hugo Vinícios Wicthoff Raniero [1]

Débora Goeldner Pereira Oliveira[2]

Cláudia Regina Voroniuk [3]

Resumo: O objetivo do presente trabalho é informar e evidenciar que a mulher, vítima de chantagem por conta de sua condição de saúde, não está desamparada pelo Estado, pela finalidade constitucional, foram complementadas, por diversos dispositivos com o intuito de garantir direitos e proteção para a família eudemonista e sua ampla interpretação, onde o afeto entre os membros da família passou a dividir espaço com as regras. Além da proteção da família, a força dos princípios constitucionais tutela a criança, adolescente e a mulher. Dentre as mais recentes

---

[†] Texto publicado por RANIERO, V. H. V. W.; OLIVEIRA, D. G. P.; VORONIUK, C. R.. A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGAÇÃO DE VISITAS QUANDO HÁ MEDIDA PROTETIVA PARA GENITORA ORIGINADA POR AMEAÇA DE VIOLAÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA. In: Alaercio. Cardoso, Claudia da Rocha; Letícia C. B. R. Jordão; Fernando R. de Almeira; Judith A. de S. Bedê; Marco A. S. Serra; Priscila K. Armelin, Rodrigo Saldanha; Simone F. Flores; Wiliam Samsel. XIV CONJURI. DIREITO E DEMOCRACIA: ESTUDOS JURÍDICOS INTEGRADOS DE MARINGÁ EM HOMENAGEM AOS PROFESSORES: Dr. Carlos A. Moraes; Herrick Mardegan; Me. Leonardo S. de A. Pacheco. 1ª ed. Maringá: OAB Subseção de Maringá; Gráfica Caniatti, 2022, v. 01, p. 11-39.

[1] Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Maringá – CESPAR.

[2] Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - Paraná. Professor (Graduação) da Faculdade Maringá - CESPAR.

[3] Mestre em Direito. Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Professora adjunta na Faculdade Maringá - CESPAR.

conquistas fieis a Constituição, destaca-se a Lei nº 14.289/2022, garantindo o direito ao sigilo da condição de saúde do envolvido. Ameaça da quebra deste sigilo no âmbito doméstico, pode ser tutelada pela Lei nº 11.340/16, Lei Maria da Penha. Além da discussão da violência psicológica, a genitora, quando chantageada pela quebra de sigilo tendo seu descendente como alvo da ameaça da revelação deste segredo, poderá ela, por via de princípios constitucionais resguardar sua dignidade e de seu descendente por meio de medida protetiva e guarda unilateral. Entretanto, como será exposto, a consequência, será alienação parental tanto por parte do Estado quanto por ambos genitores. O conflito de princípios não visa apontar uma inconstitucionalidade, mas interpretar a Lei derivada da norma para que assim possa aplicar a que mais se aproxima do princípio constitucional utilizando a ponderação. O presente estudo concretizou-se a partir de pesquisa bibliográfica, isto é, a análise de livros, artigos científicos e análise de Artigos legislativos e da Constituição Federal Brasileira.

Palavras-Chave: Direito de Família, Sigilo por condição de saúde, Conflito entre princípios.

Abstract: The objective of the present work is to woman victim of blackmail due to her health condition is no longer helpless by the state, along with the constitutional determinations, they were complemented by several devices in order to guarantee rights and protection for the eudaemonist family, where affection between family members began to share space with the rules. In addition to protecting the family, the strength of constitutional principles protects children, adolescents and women. Among the most recent achievements faithful to the constitution, Law 14.289/2022 stands out, guaranteeing the right to secrecy of the health condition of the person involved. The threat of breaching this secrecy in the domestic sphere can be protected by Law

11.340/16, Maria da Penha Law. In addition to the discussion of psychological violence, the mother, when blackmailed by the breach of confidentiality, having her descendant as the target of the threat of disclosure of this secret, can she, through constitutional principles, protect her dignity and that of her descendant through a protective measure and guard unilateral. However, as will be shown, the consequence will be parental alienation by both the state and both parents. The conflict of principles does not aim to point out an unconstitutionality, but to interpret the law derived from the norm so that it can apply the one that most closely approximates the constitutional principle using weighting. The present study was based on bibliographic research, as well as books, scientific articles and analysis of legislative articles and the Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Family Rights, Confidentiality Due to Health Condition, Conflict Between Principles.

1 INTRODUÇÃO

A vontade constitucional, justificada pela sua finalidade expressa os rumos que ordenamento jurídico deve tomar, sem a influência da mutabilidade do ambiente a qual a Constituição está introduzida, entretanto, com a devida interpretação, os direitos de quem goza da força normativa devem avançar pelos limites oferecidos em cada princípios constitucionais. As normas devem respeitar o horizonte constituinte para terem a efetiva validade, desta maneira, possibilitando avanços consideráveis no direito da Família.

A finalidade tornou possível o acréscimo, além da norma, o sentimento que envolve toda hermenêutica familiar. Ao longo da história constituinte do Brasil esses direitos avançaram impulsionados pela Vontade da Constituição, protegendo

da criança ao adolescente com o Estatuto da Criança e Adolescente e a Mulher com a Lei Maria da Penha.

Dentre as conquistas mais recentes, pode-se observar a Lei nº 14.289/2022, garantindo o Direito ao sigilo de sua condição de saúde, claro que não exclusivamente à mulher, mas em meio doméstico, trataremos dela, principalmente quando o alvo é vítima de chantagem se enquadrando em violência psicológica podendo usufruir da Lei Maria da Penha. Destaca-se com base dessa chantagem o genitor que ameaça contar ao descendente que sua genitora é portadora de doença protegida pela Lei 14.289/2022.

Outrossim, surgindo o conflito de princípios, onde o descendente tem o direito de conviver com os genitores, a genitora tem o direito de ter sua dignidade preservada e o genitor tem o direito de conviver com a criança, entretanto, aplicando o princípio da ponderação, previsto no 489, §2º do Código de Processo Civil, quando há princípio de normas, deve-se fundamentar a decisão. Então, será observador que os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem, a dimensão do peso ou importância. Aplicando-se então a guarda unilateral com o intuito de preservar a dignidade da genitora e do descendente, assim, surgindo o Estado como agente da Alienação Parental.

2 A TUTELA DA FAMÍLIA EUDEMONISTA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A finalidade (*telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação" (HESSE, 1991), o autor coaduna com a ideia de que a constituição e seu propósito devem ser mantidos perante a mutabilidade da sociedade e principalmente a temporalidade com uma certa eficácia.

Contudo "A Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto

de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento aberto" (MENDES; BRANCO, 2012).

A norma constitucional deve ser interpretada de acordo com sua finalidade, principalmente no que tange a evolução do conceito de família.

> A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental (OLIVEIRA, MINUZ, 2006, p, 11).

A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas. (LÔBO, 2002).

> Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. Esta evolução provocada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. Inclusive a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006, 5.º II) define família como uma relação íntima de afeto (DIAS, 2021, p. 77).

O conceito da família eudemonista transcende a regra e prioriza o desejo, desta forma possibilitando sua livre constituição no ordenamento jurídico até alojar-se junto à esfera da dignidade dos seus membros.

> Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio, como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas, o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. (ALVES In TARTUCE, 2020, p. 1891).

A finalidade do direito de família, derivada da vontade normativa constitucional do Art. 226 da Lei Maior, como observado, cabe ampla interpretação e acréscimo, sem retroagir direitos, de novas definições, uma vez que inicialmente a família descrita pela constituição passou a aceitar quase que uma expansão baseada na dignidade, conforme demonstrado na família eudemonista, dignidade a ser mantida entre os membros que ao ter sua função constitucional violada, não resta motivação diferente da dissolução.

2.1 PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA MULHER.

No Brasil, as primeiras Constituições de 1824 e de 1891 asseguraram formalmente o postulado da isonomia. Já a Carta de 1934 conferiu às mulheres o direito ao voto, bem como vedou expressamente privilégios e distinções por motivo de sexo, vedação que se estendia, inclusive, ao pagamento de salários diferenciados. Sob o primeiro Governo Vargas assegurou-se assistência médica e sanitária à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, garantia que se repetiria nas Leis Maiores de 1937, 1946 e 1967, emendada em 1969 (ROCHA, 2018).

Historicamente, não se encontra, no bojo da constituição de 1824, qualquer referência à proteção da criança, ou mesmo da adolescência, onde somente no Art. 179, XXXII faz menção à uma norma que nem é direcionada diretamente às crianças, pois em sua égide "fala-se em todos os cidadões" (Brasil, 1824). Nota-se ainda na constituição de 1824 que nem todas as pessoas eram cidadãos, por possuir um regime ainda escravocrata, conforme descrito no Art. 6º.

A evolução do tratamento da criança e do adolescente, pelo mundo jurídico, pode ser resumida em quatro fases ou

sistemas:

> a) fase da absoluta indiferença, em que não existiam normas relacionadas a essas pessoas; b) fase da mera imputação criminal, em que as leis tinham o único propósito de coibir a prática de ilícitos por aquelas pessoas (Ordenações Afonsinas e Filipinas, Código Criminal do Império de 1830, Código Penal de 1890); c) fase tutelar, conferindo-se ao mundo adulto poderes para promover a integração sociofamiliar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais (Código Mello Mattos de 1927 e Código de Menores de 1979); e d) fase da proteção integral, em que as leis reconhecem direitos e garantias às crianças, considerando-a como uma pessoa em desenvolvimento. É, pois, na quarta fase que se insere a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990). (PAULA, 2012, p. 23).

Adentrando ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, não pode deixar de observar que o artigo 1º do Estatuto adota expressamente a doutrina da proteção integral e no artigo 3º, garante a aplicação de todos os direitos fundamentais inerentes da pessoa humana, com proteção integral que são tratados na Lei nº 8.069/90.

> Essa opção do legislador fundou-se na interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais que elevaram ao nível máximo de validade e eficácia as normas referentes às crianças e aos adolescentes, e que, por sua vez, foram inspirados nas normas internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Assim, pode-se apontar que o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente deu-se no Brasil já em um novo patamar, mais ligado aos processos emancipatórios e constituído por uma concepção de positivação dos direitos humanos, tornando-os fundamentais (SARLET, 2012, p. 29).

Não obstante a isso, o artigo 4º elenca que é absoluta prioridade, dentre outros deveres, a dignidade da criança. Neste entendimento, pode-se observar que a criança e o adolescente merecem ser alvo dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior

2.2 LEI MARIA DA PENHA.

No que se refere a mulher, percebe-se que sua presença é uma história de ausência, o lugar dado pelo direito à ela sempre foi um não lugar. (DIAS, 2022). Um dos grandes dispositivos de proteção da mulher no âmbito familiar, foi a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDEM), com competência cível e criminal conforme previsto no Art. 14 da Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP). Para a plena aplicação da lei, O juiz, o Promotor, o defensor e os servidores devem ser capacitados para atuar nesses juizados, que precisam contar com equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (LMP 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (LMP 34). O Conselho Nacional de Justiça expediu recomendação aos Tribunais de Justiça para que procedam à implantação dos JVDEM, em conformidade com a recomendação número nove do Conselho Nacional de Justiça de 08 de março de 2007

Conforme ensina DIAS (2021), no que se trata da guarda dos infantes quando há presença ou denúncia de violência doméstica, na audiência com presença do ministério público, deve-se decidir os termos da guarda consensualmente, onde, independentemente de conceder a tutela de urgência, o magistrado deve designar a audiência assistida pelos advogados das partes ou pelo Ministério Público, pois nos casos de crime condicionado, onde não há presença de violência física, o objetivo não é a reconciliação do casal e nem fazer a vítima desistir da representação. Os delitos de lesão corporal não admitem retratação, sendo a ação penal pública incondicionada.

> Na audiência, presente o Ministério Público (LMP 25), tanto a vítima (LMP 27) como o agressor devem estar assistidos por advogado. Deve o juiz tentar solver consensualmente temas como a guarda dos filhos, o regime de convivência, a definição dos alimentos etc. O acordo homologado pelo juiz constitui título executivo judicial (CPC 515 II). Realizado ou não acordo, nada obstaculiza o andamento do inquérito policial, a ser

> distribuído ao mesmo juízo que apreciou o procedimento cautelar." (DIAS, 2021, p. 158, 159).

Neste entendimento, o *caput* do artigo 5º da Lei nº 11.340/06 apresenta cinco formas de violência doméstica contra a mulher, que merecem atenção e proteção "[...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial." (BRASIL, 2016). Observa-se que violência psicológica pode ser entendida como:

> "Toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui: ameaças, humilhações, *chantagem*, cobranças de comportamento, discriminação, exploração, crítica pelo desempenho sexual, não deixar a pessoa sair de casa, provocando o isolamento de amigos e familiares, ou impedir que ela utilize o seu próprio dinheiro. (Brasil, 2001). *grifou-se*

Não restam dúvidas que a lei busca proteger a mulher contra abusos decorrentes da convivência pessoal, independente de quem seja o agressor e quanto a criança, mesmo quando a há casos de violência contra mulher, a Lei visa o consentimento mútuo dos pais para o seu cuidado.

2.3 A DIGNIDADE RESGUARDADA PELO SEGREDO DE JUSTIÇA

Nota-se que a dignidade se aproxima da integral proteção aos seres humanos, não em específico a um alvo na sociedade e sim a um conjunto de indivíduos que necessitam de direitos especiais tutelados pelo Estado.

> Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em

> dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 210).

Tratando-se de dignidade, a ampla interpretação dada pela sua subjetividade, o mínimo respeito deve ser assegurado pelas demais pessoas a própria vida, de modo que além do indivíduo, seja assegurado a tutela jurídica, sem menosprezar todas as pessoas como seres humanos.

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003, p. 40)

Entende-se como dignidade da pessoa humana, algo que seja do indivíduo, porém, não pode ser infinita, deve ser limitada, excepcionalmente, sem menosprezar o que cada pessoa necessita enquanto ser humano.

> Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos (MENDES; BRANCO, 2012, p. 229).

No que tange a situação específica do segredo de justiça, garantido pelo sigilo da condição de saúde, uma vez que ao violá-la, mesmo a publicidade de atos processuais sendo uma garantia constitucional e a possibilidade de resguardar os direitos dos envolvidos, seja pela dignidade garantida pelo Art. 5º da Lei maior ou pelo baluarte do inciso IX do artigo 93 da própria CF,

onde permite a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (CF/88), assim, a violação deste sigilo é uma afronta a preceitos constitucionais, desta maneira resguardando o segredo, por escolha única e exclusivamente das partes, a dignidade da inviolabilidade da intimidade dos envolvidos manter-se-á resguardada.

Além da Magna Carta, no Código de Processo Civil em seu artigo 189 garante-se, processualmente, segredo de justiça para dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade.

A inviolabilidade do segredo de justiça, prevista no artigo 10 da Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, com redação dada pela Lei nº 13.869 de 2019, prevê pena de reclusão de dois a quatros e multa para quem quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivo não autorizado em lei.

2.4 LEI Nº 14.289/2022, DIREITO AO SIGILO DE SUA CONDIÇÃO DE SAÚDE

Depois de demonstrado o direito da criança e da mulher no ordenamento jurídico ao que diz respeito a tutela do Estado, pode-se aprofundar em algo mais específico como o elencado na Lei nº 14.289, de 3 de janeiro de 2022, a qual trata de pessoa que vive com infecção pelos vírus da imunodeficiência humana (HIV) e das hepatites crônicas (HBV e HCV) e de pessoa com hanseníase e com tuberculose. Destaca-se ainda o parágrafo único do Art. 2º da citada Lei, que atribui que o sigilo poderá ser quebrado por autorização expressa da pessoa acometida. Sendo assim, a ameaça a essa violabilidade em âmbito doméstico, poderá ser aplicado medida protetiva por violência psicológica prevista no Art. 7º, II da Lei 11.340/06.

A finalidade da Lei nº 14.289/2022 é assegurar o sigilo das mencionadas condições de saúde da pessoa. Acostada na

Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 5º, inciso X o qual assegura o direito a intimidade e o inciso XLI que prevê punição para qualquer pessoa que discrimine os direitos e liberdades fundamentais, tem-se a concretização da tutela constitucional da vítima que tem seu sigilo de saúde violado. Além da proteção constitucional, o artigo 11 da Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, menciona que a violação de dados pessoais sensíveis só poderá ocorrer mediante termo de consentimento específico para finalidade específica.

Ora, a ameaça a violação deste segredo, em forma de chantagem, pode ser encaixada, se a vítima puder ser beneficiada pela Lei Maria da Penha, como violência psicológica, pois a chantagem da violação de algo tão íntima quanto o segredo de justiça abala a esfera da dignidade da mulher, pois como descrito na própria Lei nº 13.709/2018, a violação de dados pessoais sensíveis só poderão ser revelados pelo titular deste direito, seja este titular qualquer pessoa.

3 O DIREITO DE VISITA DOS GENITORES E A ALIENAÇÃO PARENTAL.

O artigo 1.589 do Código Civil, prescreve que o pai ou a mãe, em cuja guarda não esteja com os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

> Falar em visita acarreta reconhecer a soberania constitucional de o menor ser visitado, porque é direito basilar da organização social dos filhos eles serem criados por seus pais, como direito fundamental da criança e do adolescente, e, estando seus genitores apartados pelas contingências das relações afetivas desfeitas pelos mais variados motivos, jamais podem os pais permitir sejam seus filhos privados da sua presença, e se as visitas se darão em menor quantidade devem oportunizar em contrapartida uma maior qualidade (MADALENO, 2020, p. 575).

A separação dos genitores, não restringe o direito fundamental do descendente ser visitado pelo ascendente que não estiver com sua guarda, essa visita é regulamentada e consensual entre os responsáveis do menor, observa-se que o laço afetivo rompido pelos genitores, em nada priva o direito de convivência com os descendentes.

> O § 4º artigo 33 da Lei nº 8.069/90: "Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais" (BRASIL, 1990).

Segundo Lôbo: "No âmbito da família democrática e solidarista, a autoridade paterna cedeu espaço à afetividade e à igualdade entre os cônjuges e os filhos. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho" (*apud* DIAS). Nota-se, o poder familiar já não tem exclusiva competência do Estado para exercício do poder do pai sobre o filho, mas, concebido como igual e um complexo conglomerado de direitos e deveres mútuos de seus responsáveis.

Na legislação brasileira, temos a definição de alienação parental como: "a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, [...], para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este" (BRASIL, 2010).

Sendo assim, havendo restrição (abusiva) ao regime de convivência familiar suscetível de causar lesão ao menor ou não guardião, configurado pelo exercício abusivo ou não de um direito (de família), a responsabilidade é hipótese que pode ser considerada de aplicação em caso concreto, sobretudo porque também pode ser considerada como alienação parental (MAIA; USTARROZ; SOARES, 2020).

Nesse sentido, a prática do 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 (RAMOS, 2016).

No que diz respeito a guarda unilateral, existe o estímulo do surgimento da "alienação parental, principalmente em virtude da incorporação pelo filho de falsas memórias e redunda em seu distanciamento em relação ao outro genitor" (LÔBO, 2018), pois a convivência com um dos genitores faz surgir, naturalmente, a convivência com o genitor titular da guarda unilateral, tornando-se "pais aos fins de semana ou mães nos feriados, que privam os filhos de suas presenças cotidianas" (LÔBO, 2018).

A compreensão da alienação parental, visa a proteção da consolidação da família, pois mesmo sem a união matrimonial dos genitores, o menor ainda é resultado do relacionamento deles e deve ter sua formação psicológica resguardada de abusos oriundo de seus genitores, por qualquer que seja o motivo, até mesmo pela ausência de um deles.

4 O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Isto é: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade (BARROSO, 2020. p. 298). Nota-se pelo princípio da interpretação conforme a constituição, ao colidir-se com a interpretações normativa, deve-se prevalecer a que mais se aproxima da constituição, sendo assim quando a vontade das leis discorda, prevalecer-se-á de maior afinidade constitucional.

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a

interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. (BARROSO, 2020), neste entendimento.

> [...] os dispositivos constitucionais para verificar a possibilidade da colisão entre normas, onde a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, editados pelo poder público competente exigem, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico. (MORAIS, 2003. p. 45).

Sobretudo, o princípio da interpretação é um dispositivo que visa, mesmo que pareça inconstitucional a primeira análise, preservar a lei, mesmo que o conflito entre normas resulta em uma inconstitucionalidade, porém, uma lei ainda pode ser inconstitucional e ao aplicar o princípio interpretativos, ainda poderá ter validade desde que apresente conformidade normativa constitucional.

4.1 A COLISÃO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IMPÚBERES COM A FAMÍLIA

Ao tratar da colisão de princípios, deve-se ter o entendimento do critério de aplicabilidade de normas constitucionais, pois uma vez que pela doutrina Constitucional são diferenciadas em: normas constitucionais de eficácia plena, as normas constitucionais de eficácia contida e as normas constitucionais de eficácia limitada. (MENDES; BRANCO, 2012). Dar-se-á enfoque ao terceiro grupo de normas constitucionais, o qual:

> [...]compõe a classe das normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida). Estas somente produzem os seus feitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a

> cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 106)

Os artigos 226 e 227 da Lei Maior, os quais trata a família como base da sociedade e objeto de especial proteção do Estado e os deveres da família e do estado perante a criança e adolescente, vê-se que apresenta baixa densidade normativa, pois necessita de complemento fora da Constituição para a aplicabilidade do que está no bojo constitucional. Entretanto, ambos artigos são princípios semelhantes e independentes que deram origem a todo um sistema normativo próprio encontrados na Lei nº8.069/1990, na Lei nº 10.406/2002 dentre outras. Ao analisar as Leis independentes, derivadas de princípios, são condizentes com:

> Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar uma solução de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto (MENDES; BRANCO, 2012, p. 141).

Logo, a palavra "normas" não é sinônimo de leis. Normas quer dizer: regras e princípios (TARTUCE, 2016). A fim de solucionar o conflito prático o Legislador atracou o código Civil o princípio da ponderação, acostado pelo Enunciado n. 274 do CJF/STJ, *in verbis*:

> Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Observa-se a possibilidade de aplicação do princípio da ponderação com seu dispositivo legal no artigo 489, §2º do CPC, no caso de colisão entre normas o juiz deve justificar o objeto e

os critérios gerais da ponderação efetuada [...]. Assim, fica a cargo do magistrado analisar cada caso em específico para decidir qual princípio aplicará no caso de colisão entre eles (BRASIL, 2015).

Maria Helena Diniz, destaca que direito da personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física [...], a sua integridade intelectual [...] e sua integridade moral (*apud* TARTUCE, 2020). Nota-se que a dignidade não está distante do direito da personalidade.

A Constituição de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. (MENDES; BRANCO, 2012).

Nota-se que o Estado interferirá somente em casos de relevância para a dignidade das pessoas, então, quando houver colisão entre princípios, caberá ao estado, mesmo que a vontade das pessoas seja diferente, decidir o meio para obtenção digna da solução da lide.

5 O ESTADO COMO AGENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

"Se, portanto, uma finalidade (télos) de nossas ações for tal que a desejamos por si mesma, ao passo que desejamos as outras somente em virtude dessa, e se não elegemos tudo por alguma coisa mais, está claro que se impõe ser esta o bem e o bem mais excelente" (ASITÓTELES, 2014). Pela sapiência aristotélica, a finalidade é justificada pela ação, pode-se observar a finalidade constitucional da tutela do estado em relação a família em que o estado visa preservar a existência da mesma, seja de forma positiva ou por princípios nela contida.

"As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida" (DWORKIN, 2007). A título de exemplo temos: o §5º do artigo 1.583 da Lei 10.406/2002, permite-se assim ao genitor que não seja o guardião da criança a supervisionar assuntos que dizem respeito a saúde física e psicológica da criança (BRASIL, 2002); o Inciso II do Art. 7º da Lei nº 11.340/2006, define como violência psicológica contra mulher no âmbito familiar, qualquer conduta que lhe cause danos emocionais (BRASIL, 2006); o § 4º do artigo 33 da Lei 8.069/90 a qual autoriza o exercício de visita da criança pelos genitores exceto quando houver expressa determinação do contrário (BRASIL, 1990). A coexistência dessas três leis em uma mesma situação, no caso em que o genitor, portador do segredo de justiça da genitora, chantageia a mesma sobre violar o segredo ao menor, destarte, a ação do genitor cria a hipótese de conflito entre as três regras. Assim:

> "Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelo pelos princípios mais importantes" (DWORKIN, 2007, p. 43).

No ordenamento jurídico brasileiro, pelo enunciado n. 274 do CJF/STJ, deve-se aplicar o princípio da ponderação, cabe-se ao magistrado decidir pelo princípio que mais se aproxime da dignidade da pessoa humana, pois "os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem - a dimensão do peso ou importância" (DWORKIN, 2007).

Conforme exposto anteriormente, a alienação parental é, em linhas gerais, a prática cometida por genitores, ora como alienador, lançando ao impúbere algum ato ou prática que dificulte

o convívio com a parte vítima, ora genitor alienado com o intuito de afastar o filho do outro. O sentido desse afastar, refere-se ao caso afetivo, assim, violando o princípio da família eudemonista. Para Lôbo, a alienação parental surge com distanciamento entre criança e genitores.

No entanto, os artigos 3º e 4º da Lei nº 8.069/90, do direito de convivência familiar citado no artigo 1.589 do Código Civil, e da responsabilidade pela guarda unilateral não colidem individualmente com a Constituição, qualquer um dos envolvidos tem seus direitos resguardados, porém, onde existe violência psicológica no âmbito familiar, proteção do segredo da justiça pela Lei nº 14.289 com ameaça de violação por parte genitor, a colisão com esses princípios, individualmente não confrontam, mas no mesmo ambiente em que encontra-se o *fumus boni juris* que a criança pode ter sua dignidade ataca-se, onde ela encontra-se como objeto central da chantagem sofrida pela sua genitora, faz com que o princípio da família eudemonista colida diretamente com o princípio da proteção integral do menor. Nesta sapiência deve-se lembrar que a essência da Constituição de um país é a soma dos fatores reais do poder que regem o país, que se juntos e escritos sobre uma folha de papel adquirem expressão escrita. A partir dessa manifestação escrita, deixa de ser simples fatores reais de poder, e se tornam verdadeiro direito (LASSALE, 2009) neste entendimento, observa-se a materialização dos fatores que tornam o direito real e alcançável.

Por parte do genitor, ao ameaçar violar o segredo de justiça da genitora, surge a violência psicológica contra a mulher no ambiente familiar por chantagem, possibilitando assim, por conta da medida protetiva, a genitora requerer guarda unilateral, pois acostada ao §2º, inciso II, artigo 1.583, a criança ficará sob responsabilidade de quem melhor a propiciar saúde e segurança.

Surgir-se-á alienação parental estimulada por ambos genitores, por um lado por ter afastada convivência com genitor, por outro, a mãe aterrorizada pela violência doméstica,

assumindo a figura do genitor alienador, lançando suas próprias frustrações no que se refere ao insucesso conjugal no relacionamento entre o genitor alienado e o filho comum, o seu objetivo é distanciar o filho do outro, exercendo abusivamente o poder parental (SIMÃO, 2007).

Neste limiar, em colisão direta: a possibilidade de alienação parental de ambos os genitores; o conflito gerado entre o afastamento de convivência provocado pela guarda unilateral; e a violência psicológica pela ameaça de violação do sigilo do estado de saúde. Assim, atacaria diretamente a integridade da criança, simultaneamente com o da mãe, contrariando os preceitos fundamentais da dignidade tanto da genitora quanto do descendente, desta maneira, não resta dúvida se não o conflito entre princípios jurídicos, devendo, o juiz aplicar o Art. 489 § 2º do CPC o qual elenca que ao existir colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (BRASIL, 2015).

Nos elementos da sentença, aplica-se a ponderação, pois é "a forma de racionalizar decisões judiciais a partir de um procedimento argumentativo. Através máxima da proporcionalidade, a ponderação será o modo de resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios" (TARTUCE, 2016). Nota-se que ao optar por guarda unilateral quando há presença de violência doméstica, mesmo que justificando pela ponderação, o Estado participa da alienação parental afastando a convivência afetiva da criança com um de seus genitores, tornando-o "pais" ou "mães" de feriados e fins de semana.

"A inconstitucionalidade, portanto, não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsidio á justificação do direito, cuja reivindicação se discute" (BARBOSA, 1893), portanto, não se pode pleitear um direito sem a base constitucional que garantiu esse mesmo direito positivamente.

CONCLUSÃO

De forma conclusiva, verifica-se que a não convivência da criança com ambos os genitores, não necessariamente ao mesmo tempo, resulta em alienação parental, o simples distanciamento entre eles, pela guarda unilateral, surgindo "pais de fins de semana" ou "mães de feriado", prática essa que dificulta a convivência da criança com os genitores. A ampla interpretação da família eudemonista atribuiu responsabilidades iguais aos genitores em relação a criança, assim, dando-lhes não apenas obrigações determinadas em Lei, mas o objetivo de garantir toda dignidade que possa ser interpretada pelo viés constitucional. Entretanto, além da Constituição oferecer dispositivos para proteger a criança e o adolescente, também permitiu a criação de Leis para proteger a Mulher, no ambienta familiar, pela Lei Maria da Penha e fora, no caso a Lei que garante o sigilo de seu estado de saúde. A mulher, vítima de ameaças ou chantagem de violação de segredo de justiça, pela redação da Lei nº 14.289/2022, poderá se defender caso seja este segredo seja violado, entretanto, a ameaça ou chantagem utilizando esse segredo no âmbito familiar, poderá fazer com que ela seja beneficiada pela medida protetiva obtida pela LMP. Em caso específico em que o alvo da revelação do segredo é o descendente, caberá a genitora requerer a guarda unilateral. Entretanto, como demonstrado, ao conseguir a guarda lateral, o estado age diretamente como agente da alienação parental pois como visto, o distanciamento entre o descendente e um dos seus genitores criará dificuldades de relacionamento e o convívio com a genitora sob ameaças do genitor fará com que ela desconte sua frustração na criança. Não restando hipótese, todas as possibilidades geram conflitos de princípios, os quais não merecem ser alvo de controle de constitucionalidade, merecem apenas a decisão do magistrado, pela ponderação, que mais se aproxime de princípios

constitucionais, uma vez que qualquer decisão neste caso será inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, Ética à Nicômaco. 4. ed. São Paulo: Edipro USP, 2014. Tradução, Edson Bini.

BARBOSA. Ruy, Os Actos Inconstitucionaes do Congresso Executivo, Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2020.

BRASIL Lei Nº 14.289/2022. Dispõe sobre a obrigação de sigilo sobre condição de saúde. Brasília, DF: Senado, 2022. disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.289-de-3-de-janeiro-de-2022-371717752. Acesso em: 13 de maio de 2022.

BRASIL, Lei nº 11.340/2006. Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL, Lei nº 12.318/10, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 13 de maio de 2022.

BRASIL, Lei 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 de maio de 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo

Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 de março de 2022

BRASIL. Conselho Nacional da Justiça. Enunciado nº 274. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2002. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 13 de maio 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio. 2021.

BRASIL. Código de Civil (2002). Código de Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 8 maio. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf. Acesso em: Acesso em: 8 maio. 2021.

DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias. 14ª ed. rev. at. E amp. Editora Juspodivm, 2021

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. de Nelson Boeira

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand, O que é uma Constituição? Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de

Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LÔBO. Paulo, Direito civil: volume 5: famílias, 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10ª ed. Editora Forense, 2020.

MAIA, Benigna Teixeira, USTARROZ, Daniel; SOARES, Dimitre. Direitos de família no pós-pandemia: repercussões jurídicas no novo normal. Curitiba: Juruá, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Alexandre de, Direito Constitucional, 13ª ed. São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, José C. Lamartine; MUNIZ, Francisco. J, Curso de Direito de Família,

RAMOS, Patrícia Pimentel de O. Chambers, Poder familiar e guarda compartilhada: Novos paradigmas do direito de família. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, Os direitos da Mulher nos 30 anos da Constituição Federal Brasileira. Editorajc, 2018, disponível em: https://www.editorajc.com.br/os-direitos-da-mulher-nos-30-anos-da-constituicao-federal-brasileira. Acesso em 12 de março de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev e at. Livraria do Advogado, 2012, p. 29).

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano, Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da alienação parental, In Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 15.

TARTUCE, Flávio. Técnica de ponderação no Novo CPC.

Debate com o Professor Lênio Streck, Jornal Carta Forense. Matéria de Capa de Fevereiro 2016. JusBrasil. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck. Acesso em: Acesso em: 9 maio. 2021.