

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MANUELA DOS MÁRTIRES RAMOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO:
Da possibilidade de indenização à prática de alienação parental.**

**CURITIBA
2013**

MANUELA DOS MÁRTIRES RAMOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO:
Da possibilidade de indenização à prática de alienação parental.**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador (a): Prof^a. Aline Koentopp

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

MANUELA DOS MÁRTIRES RAMOS

RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO:
Da possibilidade de indenização à prática de alienação parental.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2013.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A FAMÍLIA E A DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR.....	8
2.1 A CONSTITUIÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR.....	8
2.2 A DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR E A REPERCUSSÃO PARA COM OS FILHOS.....	12
2.3 A GUARDA E A MANUTENÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS.....	16
2.3.1 Guarda Compartilhada.....	17
2.3.2 Guarda Unilateral.....	18
2.4 OS DEVERES DOS GENITORES QUANTO À ASSISTÊNCIA, CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO DOS FILHOS (ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 1.634 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).....	19
3 O ABANDONO AFETIVO.....	22
3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	22
3.2 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	22
3.3 FORMAS DE ABANDONO AFETIVO.....	24
3.3.1 Alienação Parental.....	24
3.3.1.1 Histórico e Conceito.....	25
3.3.1.2 Elementos de Identificação.....	29
3.3.1.3 Estágio e Consequências.....	32

3.3.1.4 A Repressão Judicial da Alienação Parental antes da Lei nº 12.318/2010.....	35
3.3.1.5 Lei da Alienação Parental nº. 12.318/2010.....	37
4 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	40
4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	40
4.2 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE.....	41
4.2.1 Teoria Subjetiva.....	41
4.2.2 Transição entre a teoria subjetiva e a objetiva.....	43
4.2.3 Teoria Objetiva.....	45
4.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	46
4.3.1 Ação/Conduta.....	47
4.3.2 Nexo de Causalidade.....	48
4.3.3 Dano.....	49
4.3.3.1 Dano material.....	50
4.3.3.2 Dano moral.....	51
5 O DEVER DE INDENIZAR NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS.....	54
5.1 O DEVER DE INDENIZAR NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO.....	54
5.1.1 A Indenização nos casos de Alienação Parental.....	55
6 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

RESUMO

Considerando que na sociedade atual se torna cada dia mais comum a ocorrência das separações e divórcios, diante do quadro no qual se desenvolvem as relações familiares, nada mais provável que, infelizmente, também se identifiquem a cada dia novos conflitos familiares, especialmente entre ex-cônjuges, refletindo diretamente nos filhos, como a prática do abandono afetivo e também da alienação parental. Assim, diante desses novos conflitos, também surgem novas consequências, estas que, em regra, desembocam no Judiciário buscando soluções, não só em relação aos prejuízos causados à prole, mas também buscando punir a prática dessas condutas pelos genitores. Diante disso, nada mais prudente que se emprestar de um instituto do Direito Civil ao Direito de Família, qual seja, a responsabilidade civil, buscando possibilitar a aplicação de indenizações pecuniárias aos genitores que praticam, especialmente, a alienação parental, visando com isso, impedir a majoração dos prejuízos aos menores.

Palavras chave: Família; poder familiar; responsabilidade civil; abandono afetivo; alienação parental.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a aplicabilidade da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, especificamente quando há identificação da prática de alienação parental ou da Síndrome da Alienação Parental, diante dos recorrentes casos de dissoluções de sociedades conjugais e consequentes disputas por guarda dos filhos, que por sua vez, acabam, frequentemente, acarretando como consequência a prática de atos de abandono afetivo por um dos genitores.

A alienação parental é uma temática nova e pouco estudada, mas que com novas diretrizes passa a ter um maior espaço e uma maior representatividade nas relações cotidianas que envolvem pais e filhos.

Dentro desse contexto aqui é exposto as consequências de uma relação conjugal que chega ao fim e os filhos sofrem uma influência negativa por alguma das partes, na maioria das vezes pela parte detentora da guarda.

Cada vez mais são estabelecidas as obrigações e deveres dos pais para com os filhos, em detrimento da perda de alguns valores relativos à família e do alto índice de problemas ligados a menores, assim como o crescente número de divórcios nos dias atuais, em que pai e mãe já não são figuras constantes, mas por serem fundamentais ao desenvolvimento da criança e do adolescente, devem prezar pelo cumprimento dos seus deveres inerentes ao poder familiar.

No presente estudo se busca atentar para o desenvolvimento acelerado e para as modificações no âmbito das relações familiares, seja relativamente ao casamento ou no que tange à relação dos pais com os filhos e a necessidade de o Poder Judiciário tentar, ao menos de alguma forma, acompanhar essas constantes mudanças hodiernas. Além disso, tem-se como principal objetivo demonstrar a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil na esfera das relações familiares, especialmente quando há prática de atos de alienação parental dos genitores em relação aos seus filhos, visando, com isso, punir aquele que descumpre essencial função da vida da prole.

2 A FAMÍLIA E A DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

2.1 A CONSTITUIÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

A família é caracterizada por um grupo informal, sendo que sua concepção ocorre de forma espontânea na sociedade e sua estruturação é realizada através do direito. É uma construção social que adota modelos de comportamento de acordo com regras elaboradas culturalmente, trazendo uma estruturação psíquica na qual cada um possui a sua função, sem necessariamente, estarem ligados biologicamente¹.

Segundo Orlando Gomes, a evolução da família se dá em três grandes momentos, as fases pré-industrial, da revolução industrial e do capitalismo avançado.

A fase pré-industrial caracterizou a família como aquela que exercia uma atividade produtiva, ou seja, a família, como um todo, produzia basicamente tudo que consumia. Nesse caso, as funções institucionais como proteção, assistência, educação e aprendizado dos filhos era de responsabilidade do chefe da família.

Na fase da revolução industrial a família deixa de exercer atividade produtiva e passa a exercer a atividade de produção nas fábricas, sendo o papel das mulheres e crianças praticamente nulo.

E, por derradeiro, na fase do capitalismo avançado a família passa a ampliar suas atividades e designar algumas atividades a terceiros. Assim, a família moderna passa a priorizar questões como bem estar, lazer, repouso, dentre outros, tendo como escopo condições de trabalho e de vida adequadas².

As relações afetivas existentes na sociedade passam a sofrer grande interferência do Estado, o que fez o legislador consagrar um ramo do direito à família.

As leis que se referem à família são fruto do congelamento da sociedade em determinado momento histórico, e conseqüentemente trazem regras culturalmente aceitas, fazendo com que existam modelos de comportamento social. Tais regras

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

² GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17.

vão sendo alteradas de acordo com as modificações existentes na sociedade, com a evolução humana, motivo pelo qual o Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofre alterações³.

Conforme Paulo Lôbo, a família patriarcal foi desde a Colônia, durante o Império e parte do século XX, o modelo de família para o Código Civil brasileiro⁴. No entanto, este modelo entrou em crise em razão da existência de proteção às realidades sociais familiares, através de novos valores relativamente aos quais se queria proteção pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a partir dessa mudança de paradigma operada pela Constituição Federal de 1988, a família atual deveria fundamentar-se especialmente na afetividade, assim, existindo afeto, existe família, porém esse conceito não é reconhecido de forma abrangente pelo Direito⁵.

Segundo Maria Berenice Dias, o Código Civil de 1916 limitava o matrimônio como única forma de família, não bastasse, não permitia sua dissolução, e ainda fazia distinção entre seus membros, discriminando aqueles que se uniam sem celebrar o matrimônio e também os filhos concebidos desta relação, excluindo seus direitos. Portanto, não alcançava as entidades familiares existentes naquele momento⁶.

Nesse sentido, afirma Luiz Edson Fachin:

Também se faz necessário destacar que, no original modelo codificado, a indissolubilidade do vínculo matrimonial era regra e, e, casos onde o matrimônio se revelasse um insucesso, a única alternativa era o desquite, que punha fim à comunhão de vida sem atingir o vínculo jurídico. Novamente pode ser observado que aquele modelo jurídico de família tinha como elemento central a manutenção da comunidade familiar, mesmo que a custo de força legal⁷.

Com a instituição da Constituição Federal de 1988, conforme fora afirmado acima, houve uma nova concepção de família, igualando a proteção em relação ao homem e à mulher, além de reconhecer não só o matrimônio como forma de família, mas também a união estável e a família monoparental, esta composta por um dos pais e seus descendentes. Extinguiu ainda, a desigualdade que existia entre filhos

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 27.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1.

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 281.

havidos no casamento e fora dele e também aqueles tidos através da adoção, garantindo-lhes todos os seus direitos.

Após essas grandes mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 deixa de ser a lei fundamental ao Direito de Família. De acordo com Luiz Edson Fachin, “(...) bem se compreendem no Direito de Família valores como amor e solidariedade. Superando a unidade de fontes estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil de 1916 cede espaço para a família constitucionalizada”⁸.

Segundo o autor Paulo Lôbo, a evolução do direito de família nas constituições brasileiras caminhou lentamente, sendo que a Constituição de 1824, sequer tutelava as relações familiares. A Constituição de 1891 mencionou em apenas um dispositivo as relações familiares, no artigo 72, § 4º, o qual compreendia apenas o casamento civil⁹.

Já as constituições seguintes, desde 1934 a 1988, contemplavam as relações familiares em dispositivos explícitos. Sendo que, por sua vez, a Constituição de 1934 dedicou até mesmo um capítulo para esse estudo¹⁰.

Segundo Silvio Rodrigues, a Constituição Federal de 1934, aceitava apenas uma ideia de família, ou seja, a família legítima, constituída apenas através do casamento.

Com o advento da nova Constituição Federal de 1988, vigente atualmente, a família passou a ter um significado mais amplo, abrangendo as famílias constituídas fora do casamento, como a união estável entre homem e mulher e a família monoparental, que consiste na “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”¹¹, nos moldes do artigo 226 da Constituição Federal¹².

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

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.2.

⁹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 - Artigo 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em : 28/10/2013.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.5.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

¹² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹³.

A família amparada pela nova Constituição Federal busca um modelo igualitário, o que diverge amplamente do Código Civil de 1916, que seguia um modelo autoritário. Com a nova Constituição Federal, o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade humana, se tornaram fundamentais à aplicação deste direito¹⁴.

Assim, Paulo Lôbo, em relação à família e ao Estado, complementa que: “Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade”¹⁵.

No momento em que a família passou a ser amparada pelo Estado, o princípio constitucional da dignidade humana foi contemplado de forma abrangente e aceito universalmente, passando a ser adotado pelas constituições da maioria dos países.

Assim, conclui-se que a família, a partir da constitucionalização, não é somente aquela constituída através do casamento, mas abrange também todas as demais entidades sociais existentes.

Não bastasse, família não é domínio do Estado, mas sim parte da sociedade civil, a qual possui três vínculos que podem existir conjuntamente ou de forma separada, quais sejam, o vínculo de sangue, o vínculo de direito e o vínculo afetivo, os quais, por consequência, integram grupos familiares, como os grupos conjugais, parentais; entre pais e filhos e grupos secundários, composto pelos demais parentes¹⁶.

Ainda neste contexto, dita Orlando Gomes:

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 8 de outubro de 1988. Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21/09/2013.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.5.

¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1.

(...) no Direito de Família regem-se precipuamente as relações oriundas do casamento, fonte única da família legítima, mas daí não se segue que a lei deva desconhecer a união livre entre pessoas que permanecem juntas para os mesmos efeitos do matrimônio¹⁷.

Através da nova leitura da Constituição Federal de 1988, o legislador necessitou adequar as legislações esparsas, bem como o próprio Código Civil para redesenhar o direito de família, a partir do novo texto constitucional.

Anteriormente, as famílias tinham o afeto como algo essencial para sua existência, sendo esta a principal razão das uniões e dissoluções.

No entanto, um novo modelo de família passou a dar relevância diferenciada ao afeto, não só envolvendo aqueles que diretamente o sentem, mas com uma importância externa e relevante para o direito. Essa nova visão dada ao afeto, foi essencial no meio jurídico, consoante as palavras do Ilustre Doutrinador e Jurista, Luiz Edson Fachin¹⁸:

Quando a presença do afeto, nas relações de família, era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem a discussão. Porém, a partir do momento em que sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações familiares, o afeto passou a ter outro sentido, ocupando maior espaço no Direito de Família¹⁹.

Essa nova visão da família fez com que os operadores do direito se obrigassem a estabelecer normas jurídicas de direito de família que busquem solucionar os litígios existentes focando nos acontecimentos atuais, passando a interpretar as normas de acordo com o momento histórico vivenciado²⁰.

2.2 A DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR E A REPERCUSSÃO PARA COM OS FILHOS

Diante da evolução enfrentada pela família em razão do desenvolvimento histórico, sua legislação passou por uma mudança inevitável. Inicialmente houve

¹⁷ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 274.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 275.

mudanças na forma de observar a mulher casada, passando a reconhecer sua capacidade e assegurar-lhe a propriedade de bens frutos de seu próprio trabalho. Ainda, com a instituição do divórcio em 1977, surgiram novos paradigmas em relação à família, deixando de lado a ideia de uma instituição sagrada, permitindo sua dissolução e diferenciando os conceitos de casamento, sexo e reprodução²¹.

De acordo com Paulo Lôbo, desde a colonização portuguesa até 1977, a dissolução do casamento não era permitida, pois o direito civil sofria grande influência da Igreja Católica, sendo assim, por se tratar de algo divino, não poderia ser interrompido por vontade dos cônjuges²².

Com a introdução do Código Civil de 1916, a indissolubilidade prevalecia, no entanto, deu-se espaço a uma única forma de romper o matrimônio, qual seja, através do desquite. Contudo, esta forma não encerrava o vínculo conjugal, pois impedia que ocorresse um novo casamento, mas, de outra forma, não tinha como impedir a existência de um novo vínculo afetivo. Assim, para Maria Berenice Dias nesse modelo cessam os deveres de manutenção da vida em comum, mas permanece a obrigação de mútua assistência²³.

O divórcio foi finalmente admitido através da Emenda Constitucional nº 9²⁴ e da Lei nº 6.515 em 1977²⁵, porém, o desquite permaneceu em vigência. Com a nova nomenclatura de separação judicial, a qual foi redimensionada pela Constituição Federal de 1988, e conseqüentemente pelo Código Civil de 2002.

Tanto a separação judicial, como o desquite, eram caracterizados por separação consensual ou litigiosa, dissolvendo-se apenas a sociedade conjugal, impedindo novo casamento aos ex-cônjuges²⁶.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

²² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.126.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 268.

²⁴ BRASIL. Emenda Constitucional nº. 9 de 28 de junho de 1977.

Artigo 1º: O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 175 (...) § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

Artigo 2º: A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 21/09/2013.

²⁵ BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 21/09/2013.

²⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.127.

O divórcio recebeu norma constitucional no artigo 226, § 6º²⁷, no entanto, só poderia ocorrer a decisão da separação judicial, convertendo-lhe em divórcio, ou, o divórcio de forma direta, com a condição de os cônjuges estarem separados de fato por mais de 02 (dois) anos, sendo a separação judicial caracterizada como uma medida preparatória para o divórcio²⁸.

Orlando Gomes remete às formas que o Código Civil, em seu artigo 1571, elenca como dissolução do casamento e da sociedade conjugal, sendo: “1º) a morte de um dos cônjuges, 2º) a nulidade ou anulação do casamento; 3º) a separação judicial; 4º) o divórcio”²⁹.

A submissão a dois processos judiciais, da separação judicial e a conversão para o divórcio, fez com que essa matéria fosse repensada no direito de família, pois já estava se tornando insustentável. A separação e posteriormente o divórcio, apenas desgastava os cônjuges e suas famílias, não bastassem as despesas que teriam ao propor essas demandas, visto que a única vantagem advinda da separação é que esta poderia ser revertida em caso de reconciliação, ao contrário do divórcio, que se houvesse arrependimento, teriam que casar novamente³⁰.

Diante disso, houve a introdução da Emenda Constitucional nº 66/2010, na qual se admitiu com a nova redação ao §6º do artigo 226 da CF³¹, contemplar o que vinha sendo abrangido pela doutrina e jurisprudência, nas quais a dissolução do casamento a partir daí, baseia-se apenas no fim da relação afetiva, desconsiderando o longo e desgastante processo de separação judicial, o qual atingia a intimidade e liberdade dos cônjuges.

A partir disso, passou-se a discutir a extinção da separação judicial. Ainda que haja posicionamento contrários, afirmando que somente teriam sido extintos os prazos constantes do §6º do art. 226 da Constituição Federal, atualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se teria uma

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 8 de outubro de 1988. Artigo 226: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (redação antiga). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21/09/2013.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 200.

²⁹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 207.

³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.127.

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 8 de outubro de 1988. Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (nova redação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21/09/2013.

revogação tácita dos artigos que preveem o instituto da separação judicial, bem como a sua inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante.³²

Assim, discute-se o fim da separação judicial e extrajudicial, para considerar apenas o divórcio como forma de dissolver os vínculos afetivos entre os cônjuges, o qual necessita apenas a comprovação de que existia tal vínculo. Conseqüentemente, a partir dessa emenda, foram necessárias modificações ou ainda, revogação de alguns artigos, como a revogação dos artigos 1572 e 1578 do Código Civil, bem como o inciso III do artigo 1571, e o fim da modalidade de conversão ao divórcio contemplado no artigo 1580.

Diante disso, todas as modalidades de divórcio judicial ou extrajudicial, passaram a ser consideradas diretas³³.

Apesar dessas modificações que, de certa forma, facilitaram a ruptura do vínculo conjugal, é certo que a relação com os filhos deve ser mantida independentemente da situação relativa ao final do relacionamento entre os genitores, haja vista que as obrigações relacionadas aos filhos decorrem do poder familiar e este não se rompe juntamente com o vínculo conjugal.

O que deve ficar bem claro aqui, é que a dissolução do vínculo dos cônjuges não caracteriza o fim do vínculo destes com filhos. Por isso, nesses casos deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança em relação ao conflito dos pais.

Anteriormente, segundo Paulo Lôbo, a única preocupação com o menor no momento da separação seria acerca da sua guarda, deixando de lado princípios fundamentais para formação, dignidade, respeito e convivência familiar da criança. Todavia, esses aspectos devem ser tratados com grande importância, pois não podem ser comprometidos diante da dissolução da entidade familiar por seus pais³⁴.

O poder familiar dos pais em relação aos filhos deve ser exercido de forma igualitária e individual, cabendo, assim, a ambos, incentivar o desenvolvimento dos filhos, sob todos os aspectos. No entanto, após a dissolução do vínculo conjugal,

³² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil – Direito de Família**. vol. 5. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2013. p. 168.

³³ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a Nova Regra do Divórcio**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 21/10/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em: 12/05/2013.

³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.168.

esta incumbência pode se tornar uma discussão, sendo necessário apreciar a responsabilidade de cada genitor³⁵.

Não bastasse, para Paulo Lôbo quando os pais, após o divórcio, não entram em consenso em relação ao modo de convivência com os filhos, cabe ao juiz determinar a forma de contato entre eles sempre buscando o melhor interesse da criança.

Psicologicamente a criança não tem como escolher com quem irá permanecer, essa escolha trará grande trauma, pois sua decisão lhe acarretará culpa ao escolher entre o pai ou a mãe, em relação ao outro genitor que não foi escolhido. A partir disto, sempre que necessário, o juiz deve ouvi-la para que possa determinar uma situação a seu favor, sem que exista sua própria escolha³⁶.

2.3 A GUARDA E A MANUTENÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS

A guarda é o meio pelo qual se efetiva o poder familiar, devendo esta ser exercida de forma adequada visando ao melhor interesse dos filhos menores³⁷.

Para Paulo Lôbo, a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho³⁸.

A guarda está regulamentada em lei de duas formas, em relação aos filhos reconhecidos fora do casamento, nos artigos 1.611 e 1.612 do Código Civil, e quando ocorre a separação dos pais, artigos 1.583 a 1.589 da mesma norma legal³⁹.

De acordo com Maria Berenice Dias, a finalidade de determinar de quem é a guarda está sempre amparada no melhor interesse do menor. Em regra, a guarda é compartilhada, ou seja, ambos possuem o encargo de cuidado dos filhos. Em outros

³⁵ MONTEIRO, Wesley Gomes. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: ensaio sobre a alienação parental.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 16/09/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienação%20parental%2016_09_2011.pdf>. Acesso em: 13/05/2013.

³⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

³⁷ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienação%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em: 13/05/2013.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 393.

casos, a guarda pode ser unilateral, quando o filho é de responsabilidade de apenas um dos genitores.

A principal característica para definição de quem ficará com a guarda, é a vontade dos pais. No entanto, não basta verificar essa vontade, vez que esta deve estar cumulada com a característica daquele que possui melhores condições para cuidar do filho, não só financeira, mas, sobretudo psicológica e emocional, pois a definição do responsável pela guarda é feita, em regra, em um momento de fragilidade emocional por estarem enfrentando, também, a dissolução conjugal.

Nesse momento, pelas magoas advindas do fim do casamento, os genitores podem acabar usando os filhos como instrumentos de vingança ao ex-cônjuge, passando a existir grande disputa pelos filhos e, ainda, excessiva regulamentação com datas e horários para visitação pelo outro genitor.

Por isso, toda e qualquer decisão tomada pelos genitores, deve ser homologada judicialmente, tanto nas ações litigiosas, quanto nas consensuais, com o escopo de evitar que o melhor interesse dos filhos seja conturbado⁴⁰.

2.3.1 Guarda Compartilhada

Em relação à guarda compartilhada, Paulo Lôbo afirma que: “A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos”⁴¹.

Na guarda compartilhada, os pais exercem de forma plena o poder familiar, não necessitando a adequação de direito de visitas. Nessa forma de guarda, se define a residência de um dos genitores para que o menor resida, mas ficando claro o direito de liberdade de frequentar a residência do outro, ou ainda, de residir alternadamente com ambos⁴².

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 394.

⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 175.

⁴² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 175.

Segundo Maria Berenice Dias: “Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos”⁴³.

A finalidade desta forma de guarda é manter os laços de afetividade entre pais e filhos, diminuindo os efeitos causados pelo fim do relacionamento dos genitores⁴⁴.

2.3.2 Guarda Unilateral

A guarda unilateral está relacionada à guarda exclusiva de um dos genitores, quando estes não entram em acordo e se torna impossível a aplicação da guarda compartilhada⁴⁵.

Ainda, a guarda unilateral pode ser atribuída a um terceiro, quando o juiz assim atribuir, por reconhecer que nenhum dos genitores é capaz de possuir a guarda do filho.

No momento do divórcio, os próprios pais podem acordar em deixar a guarda para apenas um deles, o que deve constar no instrumento assinado por eles⁴⁶.

Na maioria dos casos concretos essa forma de guarda é concedida para mãe, restando ao pai apenas o direito de visitas e vigilância do filho. Assim, a mãe possui direito de ação em relação a todas as decisões relativas à vida do filho, podendo muitas vezes, se exceder nessas decisões e impedir a intervenção do pai na vida do próprio filho.

Diante disso, a guarda unilateral passa a causar problemas em razão de o genitor não guardião ser afastado das decisões do filho e ainda ficar restrito às visitas determinadas, causando um afastamento entre pai e filho.

Em decorrência desses fatos, o genitor guardião pode utilizar a guarda unilateral para afastar o filho do outro genitor, o que ocorre normalmente pelo fato de o ex cônjuge não estar satisfeito com o fim do vínculo conjugal, podendo imputar ao

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 395.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 395.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

outro acontecimentos falsos dando ensejo à alienação parental, não percebendo que sua conduta possa trazer graves problemas psicológicos ao seu próprio filho⁴⁷.

Dessa maneira, muitas vezes os laços entre o genitor não guardião e o filho ficam obstruídos, pois estes têm contato apenas nos dias atribuídos, o que pode trazer desvantagens a ambos⁴⁸.

Diante do exposto, independentemente da forma de guarda a ser adotada, deve-se levar em consideração o papel exercido pela família, pois é através dela que se encontra apoio, afeto, respeito, orientação o que não pode ser atingido no momento do rompimento do relacionamento conjugal⁴⁹.

2.4 OS DEVERES DOS GENITORES QUANTO À ASSISTÊNCIA, CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO DOS FILHOS (ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 1.634 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)

Os deveres dos genitores em relação aos seus filhos decorrem do exercício do poder familiar e consistem em um rol extenso de deveres e direitos dos pais em relação aos seus filhos.

Primeiramente, identificam-se na Constituição Federal, nos arts. 227⁵⁰ e 229⁵¹, os deveres de assegurar à criança e adolescente o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à assistência e à criação. Em segundo lugar, o Código Civil,

⁴⁷ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em: 13/05/2013.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 395.

⁴⁹ OLIVEIRA, José Antonio Cordeiro de. **Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 06/06/2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/730>>. Acesso em: 13/05/2013.

⁵⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16/10/2013.

⁵¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16/10/2013.

em seu art. 1.634⁵², também dispõe sete hipóteses de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Por último, também se verifica junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 22⁵³) outros deveres e direitos dos genitores em relação aos menores, quais sejam, o dever de sustento, guarda e educação.

Acerca do exercício do poder familiar e dos direitos e deveres cabíveis aos pais em relação aos filhos, ressalta Maria Berenice Dias que “nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho”⁵⁴.

O exercício do encargo familiar não se limita ao período em que ainda convivam os cônjuges, mas se estende aos genitores mesmo após a dissolução da entidade familiar, não havendo qualquer modificação em relação aos direitos e deveres dos genitores em relação aos filhos.

A par disso, a guarda absorve apenas alguns dos direitos e deveres dos genitores, havendo exceção somente em relação a um dos genitores de ter os filhos em sua companhia, cabendo àquele que não detém a guarda a fiscalização e supervisão dos interesses dos filhos, podendo participar de todos os atos inerentes aos poder familiar.

Ainda nas palavras de Maria Berenice Dias:

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim pela convivência familiar. Dai a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade do genitor por abandono

⁵² Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16/10/2013.

⁵³ Art.22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 16/10/2013.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 428.

afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo.⁵⁵

Ou seja, sabendo-se que o poder familiar não se limita apenas às questões patrimoniais, em relação àquele genitor que descumpre deveres relativamente ao amor, afeto e carinho, inerentes ao exercício do poder familiar, vindo a causar prejuízo aos filhos, reconhece-se a responsabilidade por abandono afetivo em face do descumprimento dos deveres de autoridade parental.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

3 O ABANDONO AFETIVO

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O abandono afetivo ainda não possui um conceito padrão, haja vista se tratar de matéria recentemente debatida.

Assim, para Giselda Hironaka o abandono afetivo se configura pela omissão dos genitores, ou de um deles, ao menos no que tange ao dever de educação, entendido em sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo⁵⁶.

Por outro lado, Maria Berenice Dias, traz conceito menos abstrato, relacionando o abandono afetivo diretamente à obrigação do pai de conviver com o filho, baseando-se em preceitos legais para defender a indenização moral por abandono afetivo. Sustenta a referida autora, que dentre as obrigações decorrentes do poder familiar, encontra-se o dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e de dirigir-lhes a criação e educação, competindo tal encargo a ambos os genitores, ainda que separados.

Destaque-se ainda, que o abandono afetivo pode ser caracterizado de duas formas, quais sejam, aquele caracterizado pela ausência física do genitor – modalidade presencial – e, por outro lado, aquele decorrente do mau exercício dos deveres da paternidade, ainda que o convívio seja diuturno.

3.2 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, nas palavras da Ministra Nancy Andrichi:

Não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções -, negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo.** 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>>. Acesso em: 13/10/2013.

do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. (...) Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no direito de família (...). **A interpretação técnica e sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam que o tema dos danos morais é tratado de forma ampla e irrestrita, regulando inclusive os intrincados meandros das relações familiares.**⁵⁷ (grifo meu)

Sob a mesma ótica, ainda entende o Superior Tribunal de Justiça que relativamente às relações familiares, o dano moral envolveria questões extremamente subjetivas como afetividade, mágoa, amor e outros, o que tornaria bastante difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável. Em que pese a possível dificuldade de identificar os elementos do dano moral indenizável, tem-se que o vínculo decorre de ato da vontade do agente, acarretando a quem contribuiu com o nascimento ou adoção, a responsabilidade por suas ações e escolhas⁵⁸.

Para a Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº. 1159242 é possível afirmar que, tanto pela adoção quanto pela concepção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que vão além daquelas necessárias à sobrevivência e à manutenção da vida⁵⁹.

Por derradeiro, retira-se do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, diante do posicionamento esposado pela Exma. Ministra acima referida, que quando se fala em afetividade não está se querendo identificar ou discutir a ideia de “amar”, mas sim a imposição biológica e legal de cuidar revelada como dever jurídico intrínseco às pessoas que geram ou adotam filhos, esta, por fim, plenamente passível de responsabilização civil e, por consequência, indenização pecuniária⁶⁰.

⁵⁷ Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo.** Referente ao RESP 1159242. 02/05/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 16/10/2013.

⁵⁸ Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo.** Referente ao RESP 1159242. 02/05/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 16/10/2013.

⁵⁹ Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo.** Referente ao RESP 1159242. 02/05/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 16/10/2013.

⁶⁰ Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo.** Referente ao RESP 1159242. 02/05/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 16/10/2013.

3.3 FORMAS DE ABANDONO AFETIVO

Conforme fora acima delineado, o abandono afetivo pode se desencadear por diversas formas, sendo uma delas a Alienação Parental, na qual, na realidade o abandono é provocado, normalmente, por aquele que detém a guarda do infante, situação denominada de “Alienação Parental”.

3.3.1 Alienação Parental

Segundo Maria Berenice Dias citada por Douglas Phillips Freitas in Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010⁶¹:

“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 tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção dos vínculos com este”.

Acerca desta, consoante Richard A. Gardner existem quatro critérios para identificação da alienação parental, quais sejam, a busca do alienante em embaraçar o contato entre o alienado e o filho, falsas denúncias de abuso sexual e emocional em desfavor da criança, utilização do menor como objeto de vingança pelo fim do relacionamento conjugal e, por fim, aproximação da criança do genitor alienante e afastamento do alienado, visando a evitar as brigas constantes dos pais⁶².

Uma vez consumada a alienação parental, instaura-se a Síndrome da Alienação Parental que “consiste em um conjunto de sintomas associados a uma mesma patologia e que definem o diagnóstico de uma condição médica”⁶³, o que,

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 409 in FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental**: Comentários à Lei 12.318/2010. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 24.

⁶² MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienação%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 03/05/2013.

⁶³ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 03/05/2013.

certamente, trará grandes consequências psicológicas que afetarão o desenvolvimento do menor⁶⁴.

Portanto, se observa que a alienação pode ser considerada um comportamento abusivo, visto que não atinge apenas o alienado e sua prole, mas também, os demais familiares paternos⁶⁵.

“As crianças envolvidas em situações de Síndrome da Alienação Parental apresentam diversos comportamentos e sentimentos que geram prejuízos ao desenvolvimento de sua personalidade, principalmente sentimentos de baixa estima, insegurança, culpa, depressão, afastamento de outras crianças, medo, que podem gerar transtornos de personalidade e de conduta graves na fase adulta”⁶⁶.

Assim sendo, demonstra-se a gravidade da prática de alienação parental pelos genitores, e por consequência, a importância e a plena possibilidade de aplicação da perda do poder familiar quando comprovada a prática da alienação parental, àquele denominado “genitor alienador”, visando, especialmente, a impedir efetivamente que a criança seja prejudicada pelas atitudes de um dos seus genitores.

3.3.1.1 Histórico e Conceito

A organização familiar sofreu grandes modificações em sua estrutura a partir da evolução da sociedade, como apontado anteriormente. Com isso, o papel dos genitores dentro da família foi se modificando, passando então o homem a dividir com a esposa as obrigações relativas aos filhos. O pai não tinha apenas a função de sustento da família, mas também de oferecer afeto e carinho a sua prole.

Com isso, a partir do momento em que os casais decidiam romper a relação conjugal existente entre eles, o homem passou também a lutar pela guarda dos filhos, visando ao melhor interesse dos mesmos, de modo que, o que antes era chamado de parentalidade, isto é, “esforços mútuos dos cônjuges com a finalidade

⁶⁴ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03/05/2013.

⁶⁵ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 03/05/2013.

⁶⁶ BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 87.

de buscar a melhor maneira de exercer o poder familiar e garantir os interesses dos filhos em comum”⁶⁷, passou a ser caracterizado pela coparentalidade, ou seja, ambos os genitores dividindo a liderança e a autoridade parental sobre os filhos, podendo, em alguns casos, dar-se ensejo ao início da chamada alienação parental⁶⁸.

A alienação parental foi identificada pela primeira vez em 1985, pelo professor psiquiatra Richard Alan Gardner da Clínica de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos. Segundo o professor, a alienação parental caracteriza-se pela maneira em que o guardião do filho menor, que muitas vezes é a mãe, convencido pelo sentimento de vingança e raiva diante do término da relação conjugal, consegue devastar a relação entre o filho com seu genitor não guardião⁶⁹.

Com a inovação apontada por Richard, desde a década de 80 esse assunto passou a ser tratado em casos de direito de família, principalmente em processos em que se discutia o abuso em relação a guarda decorrente da separação conjugal dos genitores⁷⁰.

Segundo Maria Berenice Dias citada por Douglas Phillips Freitas in *Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010*⁷¹:

“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 tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção dos vínculos com este”.

⁶⁷ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em: 26/05/2013.

⁶⁸ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 26/05/2013.

⁶⁹ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 26/05/2013.

⁷⁰ CUNHA, Liliane Teresinha. **Possibilidade de perda do poder familiar em decorrência da alienação parental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2010. Disponível em: <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/cursos/cursos_graduacao/Direito_Tubarao/2010-A/Liliane_Terezinha_Cunha.pdf>. Acesso em: 26/05/2013.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 409 in FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 24.

A alienação parental inicia-se na maioria dos casos quando os pais não entram em acordo em relação à guarda dos filhos menores, o que decorre muitas vezes da inconformidade de um dos genitores com a dissolução da entidade familiar.

Em muitos casos aquele genitor que não se conforma com o fim do relacionamento conjugal e obtém a guarda dos filhos, acaba transmitindo seu rancor e ódio a estes, a ponto de distanciá-los de seu genitor não guardião, de forma a reduzir os direitos fundamentais de seus próprios filhos. O artigo 227, caput da Constituição Federal, busca assegurar esses direitos tratando dos deveres da família em relação às crianças e adolescentes⁷²:

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 opressão⁷³.

Esther Helena Peixoto Rangel e Gilson Lopes Pinheiro, afirmam que a alienação parental ocorre através do rompimento dos laços afetivos entre os genitores. A partir desse momento, aquele genitor detentor da guarda do filho, passa a sentir-se abandonado e rejeitado, e não sabendo lidar com a presente situação adota atitudes que passam a influenciar a vida e os sentimentos do menor, inserindo nele suas opiniões e frustrações em relação ao ex cônjuge⁷⁴.

Ao passo que consegue manter o controle em relação ao filho, o detentor da guarda afasta o menor da convivência com o genitor não guardião e faz com que o menor desenvolva sentimento de raiva, rancor em relação ao genitor não guardião, sem qualquer motivo aparente⁷⁵.

No momento da alienação parental, o genitor guardião não percebe o mal que está causando à vida de seu filho, desatentando-se para o fato de que tal situação pode resultar em grandes danos psicológicos, sendo que o único escopo do

⁷² MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdbufam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 26/05/2013.

⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 8 de outubro de 1988. Art. 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05/05/2013.

⁷⁴ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 27/05/2013.

⁷⁵ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 27/05/2013.

guardião é atingir diretamente o ex companheiro dificultando a convivência com sua prole⁷⁶.

Além de atingir diretamente seu ex companheiro e conseqüentemente seus filhos, o genitor detentor da guarda e alienante, via de regra, ainda alcança os familiares paternos, pois não permite o contato do filho com os avós, tios, primos, dentre outros.

Já a família do alienante, por acreditar que os fatos relatados por este são verdadeiros, e, por conseqüência, auxiliam na alienação parental, afastando ainda mais o menor de seu genitor e familiares paternos⁷⁷.

Portanto, se observa que a alienação pode ser considerada um comportamento abusivo, visto que não atinge apenas o alienado e sua prole, mas também, os demais familiares paternos⁷⁸.

“As crianças envolvidas em situações de Síndrome da Alienação Parental apresentam diversos comportamentos e sentimentos que geram prejuízos ao desenvolvimento de sua personalidade, principalmente sentimentos de baixa estima, insegurança, culpa, depressão, afastamento de outras crianças, medo, que podem gerar transtornos de personalidade e de conduta graves na fase adulta”⁷⁹.

O alienante, ou seja, aquele que comete a alienação parental passa a ter grande controle sobre o filho, tornando-se inseparáveis, enquanto o outro genitor passa a ser considerado um invasor na vida do filho⁸⁰.

Para Maria Berenice Dias, o guardião alienante se utiliza de vários meios para atingir o alienado, como, a alegação mais grave, de que o filho sofreu abuso sexual pelo pai. Aquela que detém a guarda pode alegar que o fato ocorreu no período de visitas e essa narração basta para que haja a denúncia de incesto. Este mesmo genitor consegue manipular de tal forma sua prole, que o próprio filho passa a

⁷⁶ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 27/05/2013.

⁷⁷ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 27/05/2013.

⁷⁸ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 03/05/2013.

⁷⁹ BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 87.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 27/05/2013.

afirmar que o fato ocorreu, sem perceber que está sendo manipulado. Assim, em função desta falsa denúncia, o guardião consegue afastar judicialmente o filho de seu genitor, que não lhe causou qualquer mal⁸¹.

A partir do momento que o Poder Judiciário tem conhecimento desta alegação, cabe ao juiz tomar providências, iniciando-se pela suspensão das visitas ou ainda a fixação de visitas monitoradas. No período de comprovação desses fatos, o menor será submetido às entrevistas e testes para identificação da verdade⁸².

Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias:

Em face da imediata suspensão das visitas ou determinação do monitoramento dos encontros, o sentimento do guardião é de que saiu vitorioso, conseguiu o seu intento: rompeu o vínculo de convívio. Nem atenta ao mal que ocasionou ao filho, aos danos psíquicos que lhe infringiu⁸³.

Portanto, é necessário observar com cuidado a denúncia de abuso sexual, visto que a falsa denúncia acaba se tornando um abuso que coloca em risco a saúde emocional do próprio filho, além de atingir a convivência entre pai e filho que é indispensável para a formação da criança⁸⁴.

3.3.1.2 Elementos de Identificação

Antes de demonstrar quais são as formas de identificar a alienação parental, é necessário diferenciá-la da chamada síndrome da alienação parental (SAP).

O genitor que se utiliza de técnicas com a finalidade de afastar seu filho do outro genitor, promove a alienação parental, no entanto, esse comportamento pode ensejar algo mais grave, denominado síndrome da alienação parental, que nesse caso, significa, após os inúmeros atos de alienação praticados pelo genitor

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 27/05/2013.

⁸² DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 27/05/2013.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 27/05/2013.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 27/05/2013.

alienante, o momento que o filho passa a se recusar a ter contato com o outro genitor.

Uma vez consumada a alienação parental, instaura-se a Síndrome da Alienação Parental que “consiste em um conjunto de sintomas associados a uma mesma patologia e que definem o diagnóstico de uma condição médica”⁸⁵, o que, certamente, trará grandes consequências psicológicas que afetarão o desenvolvimento do menor⁸⁶.

Diante disso, podemos afirmar que a alienação parental e a síndrome da alienação parental não se confundem, visto que a síndrome da alienação parental apenas surge em decorrência da existência da alienação parental⁸⁷.

Nesse sentido, entende-se que:

A síndrome da alienação não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a Ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daqueles rompimentos, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho⁸⁸.

Se o processo patológico ainda estiver na etapa da alienação parental, sem sofrer interferência da síndrome da alienação parental, a reversão do quadro tem mais facilidade de ocorrer através de terapias e outros meios adequados. No entanto, segundo estatísticas, quando a síndrome da alienação parental já se instalou, só é possível sua reversão em 5% dos casos⁸⁹.

Superada essa diferença, consoante Richard A. Gardner existem quatro critérios para identificação da alienação parental, quais sejam, a busca do alienante em embaraçar o contato entre o alienado e o filho, falsas denúncias de abuso sexual

⁸⁵ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 03/05/2013.

⁸⁶ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 03/05/2013.

⁸⁷ PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental - AP. **Jus Vigilantibus**, 27 jul. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41152>>. Acesso em: 02/06/2013.

⁸⁸ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 02/06/2013.

⁸⁹ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 02/06/2013.

e emocional em desfavor da criança, utilização do menor como objeto de vingança pelo fim do relacionamento conjugal e, por fim, aproximação da criança do genitor alienante e afastamento do alienado, visando evitar as brigas constantes dos pais⁹⁰.

Vale ressaltar ainda que para Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, a melhor forma de identificação está na conduta apresentada pelo genitor alienante, a qual pode ser caracterizada em situações diversas, como quando o alienante organiza várias atividades no dia de visitas do outro genitor, tornando-a desagradável ao menor a ponto de inibi-las. Outra conduta muito comum ao genitor alienante é de não comunicar ao outro genitor fatos importantes da vida do menor, como consultas médicas, doenças, rendimento escolar, dentre outros, e até mesmo tomar decisões unilaterais em relação a mudança de escola, de médico, etc⁹¹.

O genitor alienante pode ter condutas ainda mais graves em relação ao menor, como obrigá-lo a escolher entre o pai e a mãe, e ameaçar sérias consequências se a escolha for pelo alienado. Pode ainda imputar falsas acusações como abuso sexual, uso de drogas e álcool, transformar a criança em espiã da vida do ex-cônjuge, dentre outras condutas absurdas pela obsessão em atingir a relação entre o alienado e o filho⁹².

Segundo o professor Richard A. Gardner existem quatro critérios para identificação da alienação parental, sendo o primeiro a intensa busca do alienante em embarçar o contato entre o alienado e o filho, para tanto, se utiliza de vários meios para obter o fim, como fazer críticas do alienado ao menor e dificultar as visitas e contatos telefônicos. O segundo critério se caracteriza pela conduta mais grave do alienante em relação a falsas denúncias de abuso sexual e emocional em desfavor da criança, sendo que com o tempo, em razão da criança ouvir de forma reiterada a ocorrência de tais fatos ela passa a aceitá-los como verdadeiros⁹³.

A terceira forma reconhecida pelo autor é de que após o fim do relacionamento conjugal, o menor é utilizado como objeto de vingança pelo

⁹⁰ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 03/05/2013.

⁹¹ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 02/06/2013.

⁹² FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 02/06/2013.

⁹³ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 02/06/2013.

alienante, o qual transmite ao filho todo sentimento de ódio e vingança que possui pelo ex cônjuge, com o escopo de que aquele com o tempo passe a desenvolver sentimento negativo em relação ao genitor⁹⁴.

E, por fim, o quarto critério de identificação da alienação parental atribuído pelo autor é o medo enfrentado pela criança, visto que ao perceber que se tornou o motivo das brigas constantes dos pais, busca se afastar do alienado para evitar a situação, e conseqüentemente se apega de forma excessiva ao alienante⁹⁵.

Ainda, para precisa identificação da alienação parental é necessário fazer uma abordagem terapêutica específica, com profissionais capacitados para uma avaliação psicológica de cada um dos envolvidos, a ponto de detectar se realmente o alienado não merece ser repudiado, afastando então as acusações em relação ao abuso ou negligência contra ele, ou ainda, se de certa forma o alienante está agindo corretamente, visto que o alienado traz riscos na convivência com o filho⁹⁶.

3.3.1.3 Estágio e Consequências

Como descrito, a alienação parental pode ser aplicada de diversas formas, para tanto, pode-se determinar a alienação parental em diferentes estágios, sendo eles, leve, moderado e grave. A forma mais grave para tal conduta, segundo Gardner, é quando resulta em homicídio do genitor pelo ex-cônjuge, do filho ou ainda o suicídio⁹⁷.

O estágio leve pode ser determinado pela conduta do alienante de forma mais discreta, sendo que o principal objetivo é ficar mais próximo do filho que o alienado.

Nesse sentido, Vanessa Arruda Longano citando Alexandra Ulmann, delimita algumas formas de alienação parental de forma leve:

⁹⁴ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alie-nação%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 02/06/2013.

⁹⁵ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alie-nação%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 06/06/2013.

⁹⁶ DUARTE, Amanda Rocha. **Alienação Parental à Luz da Proteção Constitucional Destinada às Famílias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87116380/Monografia-Alienacao-Parental>>. Acesso em: 06/06/2013.

⁹⁷ GARDNER, Richard Alan. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 08/06/2013.

“Esquecer” de informar compromissos da criança em que a presença da outra parte seria importante; “Esquecer” de informar sobre consultas médicas e reuniões escolares; “Esquecer” de avisar sobre festividades escolares; “Esquecer” de dar recados deixados pelo outro genitor; Fazer comentários “inocentes” pejorativos sobre o outro genitor; Mencionar que o outro esqueceu de comparecer às festas, compromissos, consultas, competições, que convenientemente “esqueceu” de avisar; Criar programas incríveis para os dias em que o menor deverá visitar o outro genitor; Telefonar incessantemente durante o período de visitação; Pedir para que a criança telefone durante o período de visitação; Dizer como se sente abandonado e só durante o período que o menor se encontra com o outro genitor; Querer determinar que tipo de programa o genitor possa ou não fazer com o menor⁹⁸.

No estágio moderado, o alienante tem condutas com o escopo de que os filhos passem a acreditar que ele é o genitor bom e o outro é o genitor ruim, malvado. Ele se utiliza de táticas que irão excluir o alienado da convivência dos filhos, bem como aliá-los a sua conduta, visto que os filhos passarão a agir da maneira em que sabem que o genitor alienante irá aprovar. O que, no entanto, será de forma diversa no período de visitas, quando estão apenas com o alienado os filhos tendem a agir de forma mais compreensiva⁹⁹.

E por fim, o estágio grave é o mais preocupante, tendo em vista que na maioria dos casos os filhos passam a agir de forma idêntica ao alienante. Os filhos não aceitam a ideia de conviver com o outro genitor, e, se cumprem o período de visitas, agem de forma agressiva deixando-a insustentável a ponto de se afastar significativamente do genitor alienado¹⁰⁰.

Uma vez consumada a alienação parental e por via de consequência à desistência do alienado em manter uma relação com seu filho, instaura-se a síndrome da alienação parental, que como visto anteriormente “consiste em um conjunto de sintomas associados a uma mesma patologia e que definem o

⁹⁸ LONGANO, Vanessa Arruda. A Alienação Parental Nos Casos de Separações Judiciais. **Revista Npi/Fmr**, ano V, ago. 2011. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>. Acesso em: 09/06/2013.

⁹⁹ LONGANO, Vanessa Arruda. A Alienação Parental Nos Casos de Separações Judiciais. **Revista Npi/Fmr**, ano V, ago. 2011. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>. Acesso em: 09/06/2013.

¹⁰⁰ LONGANO, Vanessa Arruda. A Alienação Parental Nos Casos de Separações Judiciais. **Revista Npi/Fmr**, ano V, ago. 2011. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>. Acesso em: 09/06/2013.

diagnostico de uma condição médica”¹⁰¹, o que certamente trará grandes consequências psicológicas, as quais afetarão o desenvolvimento do menor¹⁰².

Nesse sentido, Esther Helena Peixoto Rangel e Gilson Lopes Pinheiro afirmam que:

(...) uma vez consumada a síndrome, seus reflexos são irreversíveis, ganhando maior projeção na fase adulta, vez que o filho suporta um grave complexo de culpa por ter sido conivente com o genitor alienante, injustificando de forma impiedosa o alienado¹⁰³.

Não bastasse, Priscilla Maria Pereira Corrêa de Fonseca assegura que quando adulto aquele que sofreu a alienação se sentirá culpado por ter influenciado na ação do alienante e, por conseguinte prejudicar o alienado. Mas por ter o alienante como único modelo quando criança, sua tendência será repetir o mesmo comportamento¹⁰⁴.

Como a ruptura do relacionamento entre o alienado e o filho tem grande intensidade devido à projeção da alienação, poderá levar vários anos para que ocorra a reaproximação dos mesmos¹⁰⁵.

A alienação pode ser considerada como um comportamento abusivo, não se distanciando das consequências apresentadas pelas agressões sexuais ou físicas, visto que esse comportamento não atinge apenas o alienado e sua prole, como também os demais familiares paternos¹⁰⁶.

As vítimas da alienação parental podem demonstrar desprezo e medo do alienado, ao passo que apresentam distúrbios psicológicos, como a depressão, agressividade, ansiedade, distúrbios de fala, mental, transtornos de identidade, dentre outros. E por via de consequência, poderão ter dificuldades de se relacionar

¹⁰¹ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 09/06/2013.

¹⁰² FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 09/06/2013.

¹⁰³ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 09/06/2013.

¹⁰⁴ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 09/06/2013.

¹⁰⁵ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 10/06/2013.

¹⁰⁶ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 10/06/2013.

com outras pessoas, causando depressão por se sentirem culpados e podendo cometer até mesmo, em casos mais graves, o suicídio¹⁰⁷.

3.3.1.4 A Repressão Judicial da Alienação Parental antes da Lei nº 12.318/2010

Como o comportamento da Alienação Parental não é um estudo recente, antes mesmo da criação da Lei de Alienação Parental, nosso ordenamento jurídico já tutelava regras pertinentes a essa matéria, visto que o principal escopo é a proteção da criança e do adolescente.

Embora não exista um dispositivo legal que legitime a mulher como principal detentora da guarda dos filhos, ao se deparar com a alienação parental, o genitor não guardião passa a aceitar essa ideia como verdadeira e acaba se distanciando da prole. No entanto, mesmo diante da dissolução do vínculo afetivo dos pais, os filhos devem ser amparados por ambos¹⁰⁸.

A partir disso, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca entende que,

Uma vez identificado o processo de alienação parental, é importante que o Poder Judiciário aborte seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar. Via de regra, até por falta de adequada formação, os juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado¹⁰⁹.

Em razão de muitas vezes os magistrados não possuírem conhecimento exaustivo na área da psicologia, ao se depararem com uma situação que demonstra a existência de alienação parental, deve o magistrado imediatamente determinar que seja realizada uma avaliação psicológica, a fim de avaliar a situação do caso e também a veracidade das alegações, sendo que essa avaliação deve ser feita por

¹⁰⁷ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 10/06/2013.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 09/06/2013.

¹⁰⁹ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013.

um profissional que tenha conhecimento na área de família, principalmente em relação a menores de idade¹¹⁰.

Nesse sentido, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, “(...) o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre elas, o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas”¹¹¹.

A avaliação psicológica é essencial para se configurar a alienação parental, bem como para denunciar se a condição está agravada ao ponto de se instalar a síndrome. É através desta avaliação que os magistrados terão conhecimento da gravidade do caso, podendo então tomar providências em relação aos interesses e à saúde do menor¹¹².

Uma vez reconhecida a existência da alienação parental e em casos mais graves da síndrome da alienação parental, devem os julgadores tomar medidas drásticas como as apontadas pela advogada Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca,

a) ordenar a realização de terapia familiar, nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado; b) determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, da medida de busca e apreensão; c) condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária, enquanto perdurar a resistência às visitas ou à prática que enseja a alienação; d) alterar a guarda do menor, principalmente quando o genitor alienante apresentar conduta que se possa reputar como patológica, determinando, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante, ou que elas sejam realizadas de forma supervisionada; e) dependendo da gravidade do padrão de comportamento do genitor alienante ou diante da resistência dele perante o cumprimento das visitas, ordenar sua respectiva prisão¹¹³.

Vale ressaltar ainda que os obstáculos causados ao acesso no direito de visitas não se configuram crime, o que se difere de outros países, no entanto, no ordenamento brasileiro, o genitor que causar objeção às visitas sofrerá apenas

¹¹⁰ MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 17/06/2013.

¹¹¹ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013.

¹¹² MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>. Acesso em 17/06/2013.

¹¹³ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 17/06/2013.

sanções típicas, sendo que seu inadimplemento acarretará no delito de descumprimento de ordem judicial, prevista no artigo 330 do Código Penal¹¹⁴.

Em relação ao advogado que atua na área de direito de família, ao deparar-se com um caso de alienação parental, deverá buscar o melhor interesse da criança e adolescente sempre que esses interesses estiverem ameaçados. Dessa forma, quando for procurado para sustentar a causa em favor do genitor alienante, deverá recusar-se visto que estaria contrariando os preceitos da Constituição Federal¹¹⁵.

3.3.1.5 Lei da Alienação Parental nº. 12.318/2010

Como discutido anteriormente, a alienação parental não é um fato novo, no entanto, suas proporções estão se tornando cada vez mais perigosas. Diante disso, o legislador se deparou com a necessidade de regulamentar essa matéria, criando em 26 de agosto de 2010 a Lei nº. 12.318/2010, a Lei da Alienação Parental.

Uma das finalidades da lei é auxiliar os magistrados da área de direito de família diante da dificuldade apresentada ao se deparar com um caso de alienação parental, como identificá-la e como tomar a decisão mais pertinente ao interesse do menor de idade.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias entende que,

De início, a Lei 12.318/2010 pretendeu definir juridicamente a alienação parental para permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno. É relevante que o ordenamento jurídico incorpore a expressão alienação parental, reconheça e iniba claramente tal modalidade de abuso, que em determinados casos, corresponde ao próprio núcleo do litígio entre ex-casal. O texto da lei, nesse ponto, inspira-se em elementos dados pela Psicologia, mas cria instrumento com disciplina própria, destinado a viabilizar atuação ágil e segura do Estado em caso de abuso assim definidos¹¹⁶.

Segundo Vanessa Arruda Longano, o ano de 2010 foi marcado pela alienação parental, diante da criação desta lei, a qual, segundo ela, busca atender ao princípio

¹¹⁴ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: < <http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 19/06/2013.

¹¹⁵ PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: < <http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>. Acesso em: 19/06/2013.

¹¹⁶ PEREZ, Elizio Luiz. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65.

constitucional da dignidade humana solucionando conflitos familiares, a partir da dissolução da entidade familiar¹¹⁷.

Maria Berenice Dias define que,

A lei elenca, de modo exemplificativo, diversas formas de sua ocorrência, como promover campanha de desqualificação; dificultar o exercício da autoridade parental; omitir informações pessoais relevantes; apresentar falsa denúncia para obstaculizar a convivência; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa¹¹⁸.

A Lei, em seu artigo 2º, busca regulamentar a alienação parental a ponto de conceituá-la e ainda exemplificar sua prática¹¹⁹,

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós¹²⁰.

¹¹⁷ LONGANO, Vanessa Arruda. A Alienação Parental Nos Casos de Separações Judiciais. **Revista Npi/Fmr**, ano V, ago. 2011. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>. Acesso em: 23/06/2013.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/669>>. Acesso em: 23/06/2013.

¹¹⁹ REIS, Raphael Silva; REIS, Nara da Conceição Santos Almeida. Alienação Parental: consequências jurídicas e psicológicas. **Revista Esmese**, n. 14, 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40934/alienacao_parental_consequencias_reis.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23/06/2013.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº. 12.318/2010, promulgada em 26 de agosto de 2010. Artigo 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 23/06/2013.

Além das condutas exemplificadas nesse artigo da Lei, também podem ser consideradas condutas da alienação parental, aquelas assim compreendidas pelo juiz ou constatadas por perícia¹²¹.

Já os artigos 4º e seguintes da Lei regulamentam o procedimento a ser utilizado quando a alienação parental for identificada¹²². Baseada na lei, Maria Berenice Dias afirma que quando existirem indícios da existência da alienação parental, será cabível a interposição de ação, sendo que esta terá prioridade na tramitação, devendo o juiz determinar a realização de perícia psicológica no menor de idade a ser apresentada em 90 dias¹²³.

Diante do exposto, conclui-se que cada vez mais o ordenamento jurídico busca aperfeiçoar-se para combater essa prática em nossa sociedade. A Lei da Alienação Parental buscou não apenas sancionar aqueles que praticam a conduta da alienação parental, mas demonstrar como identificá-la e principalmente como combatê-la¹²⁴.

¹²¹ LONGANO, Vanessa Arruda. A Alienação Parental Nos Casos de Separações Judiciais. **Revista Npi/Fmr**, ano V, ago. 2011. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>. Acesso em: 23/06/2013.

¹²² REIS, Raphael Silva; REIS, Nara da Conceição Santos Almeida. Alienação Parental: consequências jurídicas e psicológicas. **Revista Esmese**, n. 14, 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40934/alienacao_parental_consequencias_reis.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23/06/2013.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/669>>. Acesso em: 23/06/2013.

¹²⁴ REIS, Raphael Silva; REIS, Nara da Conceição Santos Almeida. **Alienação Parental: consequências jurídicas e psicológicas**. Revista Esmese, n. 14, 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40934/alienacao_parental_consequencias_reis.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23/06/2013.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está relacionada à noção de que somos responsáveis por fatos decorrentes da nossa conduta, garantindo que as pessoas não sejam injustamente invadidas em suas esferas de interesses. Portanto, “a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano às outras pessoas”¹²⁵.

A noção de responsabilidade pode ser extraída a partir da própria palavra, que vem do latim *respondere*, isto é, responder alguma coisa, no sentido de a responsabilização de alguém por seus atos danosos¹²⁶.

Segundo Rui Stoco, a responsabilidade é algo inarredável da natureza humana. “Do que se infere que a responsabilização é o meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*”¹²⁷.

Para Silvio Rodrigues, trata-se da “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar prejuízo causado à outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”¹²⁸.

Para Sergio Cavaliere Filho, a responsabilidade civil exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação, sendo, juridicamente, o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico¹²⁹.

Todavia, para que seja possível o melhor entendimento acerca da questão da responsabilidade é necessário distinguir o ato jurídico do ato injurídico e ilícito. Conforme retira-se das palavras de Washington de Barros Monteiro¹³⁰, o ato jurídico é ato de vontade que produz efeitos de direito, enquanto, por outro lado, o ato ilícito

¹²⁵ HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.27.

¹²⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 118.

¹²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 118.

¹²⁸ HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.27.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 24.

¹³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1971. p. 285. in STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 118.

apesar de também ser ato de vontade produz efeitos jurídicos independentes da vontade do agente. Portanto, o ato jurídico é ato lícito fundado em direito e o ato ilícito constitui delito civil ou criminal, de modo que viola a lei.

O Código Civil de 2002 não conceituou ato jurídico, mas, em seu art. 186¹³¹, conceituou o ato ilícito, e sendo decorrência deste a responsabilização do agente.

Pode se dizer, portanto, que a ideia de responsabilidade está diretamente ligada à obrigação, de modo que, “responsável, responsabilidade, assim como, enfim todos os vocábulos cognatos, exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência”¹³². “A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”¹³³.

Por derradeiro, para resumir, Rui Stoco afirma que “pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei”¹³⁴.

4.2. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE

4.2.1. Teoria Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva durante muito tempo foi o regime regra persistindo como referencial fundamental da teoria da responsabilidade civil. Esta responsabilidade, também chamada de culposa, nasce a partir da ideia da culpa Aquiliana.

¹³¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07/09/2013.

¹³² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 119.

¹³³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 119.

¹³⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

Para ser configurada a responsabilidade civil é necessária a existência dos elementos fundamentais, os quais são, conduta, pela ação ou omissão culposa, dano e nexo causal.

Diante disso, o sujeito ativo que por meio da ação ou omissão culposa causar danos a terceiros tem o dever de reparar.

Primeiramente, deve-se entender a responsabilidade subjetiva conceituada a partir da culpa em sentido amplo, que para Fernando Noronha, é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas ou culposas, que violem direitos alheios¹³⁵.

A culpa em sentido amplo pode ser por ação quando a pessoa age, mas não deveria, ou por omissão, quando seria necessário que ela agisse para impedir o dano, no entanto não o faz, o que conseqüentemente faz com que aconteça o dano.

Esta culpa em sentido amplo se divide em dolo, que ocorre quando existe a intenção de causar dano a outrem, de produzir um resultado antijurídico.

Para Rui Stoco “o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato”¹³⁶. Ou seja, para configurar o dolo é necessário que exista a intenção.

E ainda, se divide em culpa em sentido estrito, que se subdivide em imprudência, imperícia e negligência.

A primeira ocorre quando existe a falta de cautela, um comportamento exagerado, precipitado, uma conduta comissiva que faz ocorrer o dano. Já a segunda, ocorre pela falta de habilidade do profissional ao exercer a sua atividade, ou seja, demonstra-se incapaz. E, por fim, a negligência acontece pela falta de cuidado, literalmente a omissão, quando o sujeito teria o dever de agir.

Por fim, importa destacar o entendimento de Sérgio Cavalieri filho que esclarece a ideia de culpa e a sua ligação com a responsabilidade, já que, como regra, ninguém pode sofrer censura sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir, ou seja, para que alguém possa responder por danos causados é

¹³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 23.

¹³⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.

imprescindível que tenha faltado com o dever de cuidado perante o sujeito passivo do dano¹³⁷.

4.2.2. Transição entre a teoria subjetiva e a objetiva

Em um determinado período a única forma de responsabilização era a subjetiva, período no qual se utilizava a ideia de que não haveria responsabilização se não se verificasse a culpa.

No entanto, com o passar do tempo, verificou-se que esta teoria, considerada como regime tradicional, era insuficiente uma vez que não teria acompanhado o desenvolvimento da sociedade.

Muitas formas de danos foram surgindo ao longo do tempo, e a responsabilidade subjetiva já não conseguia englobar todos esses danos, motivo pelo qual, muitos danos ficavam sem reparação.

Para Rui Stoco esta teoria se mostrou inadequada para alcançar amplamente todos os casos de reparação, pois nem sempre o lesado conseguia provar a relação dos pressupostos necessários juntamente com o comportamento culposos do agente ativo¹³⁸.

Destaque-se o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho quanto à ineficiência da teoria subjetiva nos dias atuais:

A teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a transformação social ocorrida em nosso século; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais¹³⁹.

Por estes motivos se desenvolveu uma nova teoria, a Teoria da Responsabilidade Objetiva, em que se utiliza da teoria do risco e não mais da culpa.

No entanto, vale salientar que ambas as teorias convivem em harmonia dentro do Ordenamento Jurídico, já que a responsabilidade subjetiva está prevista

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 23.

¹³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 127.

no caput do artigo 927¹⁴⁰ do Código Civil Brasileiro, e a responsabilidade objetiva está no parágrafo único¹⁴¹ deste mesmo artigo. Saliente-se ainda, que ambas as teorias estão previstas para garantir a solução de um maior número de litígios.

Como conclui Sérgio Cavalieri Filho “a responsabilidade objetiva conviveu ao lado da subjetiva para atender os casos específicos, para os quais a teoria tradicional revelou-se insuficiente”¹⁴².

Vale ressaltar ainda, que a teoria objetiva foi sendo admitida aos poucos, pois primeiramente, só era aceita nos casos previstos em lei. O primeiro diploma legal apontando a teoria objetiva foi das estradas de ferro¹⁴³, que no seu artigo 26¹⁴⁴ responsabilizou objetivamente as estradas de ferro por todos os danos que, na exploração de suas linhas, causassem aos proprietários marginais.

Este decreto ainda previu, no seu artigo 17¹⁴⁵, a responsabilidade objetiva do transportador com relação ao passageiro. Este dispositivo legal só perdeu a sua eficácia após a publicação do Código civil de 2002.

Outro caso previsto, sendo um marco importante para esta teoria, foi o Código de Defesa do Consumidor, pois impõe como regra que em todas as relações de consumo seja aplicada a responsabilidade objetiva, motivo que trouxe tal teoria ao conhecimento e acesso de todos.

Somente após tais disposições, é que se deu origem no Ordenamento Brasileiro a Teoria da Responsabilidade Objetiva, através da vigência do código Civil de 2002.

¹⁴⁰ BRASIL, Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26/10/2013.

¹⁴¹ Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.132.

¹⁴³ Decreto nº2.681, de 7 de dezembro de 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 25/10/2013.

¹⁴⁴ Art. 26 – As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 25/10/2013.

¹⁴⁵ Art. 17 – As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 25/10/2013.

4.2.3. Teoria Objetiva

A Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil é aquela imposta pela lei a certas pessoas, em determinadas situações, visando à reparação de um dano cometido sem prova da culpa, podendo ser decorrente de presunção legal ou fundada no risco da conduta praticada pelo agente.

Nos casos de culpa presumida, há a inversão do ônus probatório, de maneira que somente deve ser feita prova de ação ou omissão e dano resultante da conduta, eis que a culpa é presumida, denominando-se objetiva, pois dispensa a vítima do ônus de provar a culpa do agente para responsabilização pelo dano causado.

De outro lado, quando aplicada a teoria do risco, as hipóteses de responsabilidade decorrem apenas da relação de causalidade entre a ação e o dano. Assim, para a teoria do risco, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, tendo como consequência a obrigação de reparar, ainda que a conduta seja isenta de culpa.

Vale ressaltar que na teoria objetiva da responsabilidade civil também estão presentes os pressupostos para configurar o dano, quais sejam: conduta ilícita, dano e nexo causal. No entanto, não é necessária a presença do elemento culpa para a configuração da responsabilidade, uma vez que a culpa pode ou não existir, pois, nesse caso, é irrelevante para a configuração da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva tem como fundamento principal a teoria do risco, que significa perigo, uma suposta probabilidade de dano, ou seja, aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente, já que todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independente de ter ou não agido com culpa, conforme entendimento de Sérgio Cavalieri Filho¹⁴⁶.

Para Carlos Roberto Gonçalves “na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil”¹⁴⁷.

A responsabilidade objetiva, através da modalidade da teoria do risco se subdivide em duas espécies, sendo elas, teoria do risco proveito e teoria do risco criado.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 128.

¹⁴⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 80.

O risco proveito ocorre quando a pessoa que tira proveito de uma determinada atividade responde, objetivamente, pelos danos dela advindos, fundamentado na ideia de que a pessoa que usufruir do bônus deve arcar com os ônus da atividade.

Quando ao risco criado, esclarece Caio Mário da Silva que “haverá obrigação de reparar o dano, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹⁴⁸.

Atualmente, a regra ainda continua sendo a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil, de forma que a teoria objetiva, em qualquer das suas hipóteses, não substituiu aquela primeira, apenas está adstrita aos seus limites.

(...) a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.¹⁴⁹

Ou seja, apesar da regra geral ser ainda a aplicação da teoria subjetiva, quando o legislador fixar que deve ser aplicada a teoria objetiva nela deve ser calcada a responsabilização do agente.

4.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Analisando o posicionamento da doutrina acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, percebem-se divergências quanto ao assunto, haja vista que alguns autores consideram apenas três pressupostos – conduta/ação, dano e nexo de causalidade -, outros apontam quatro pressupostos – ação ou omissão, culpa do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima -, e ainda há

¹⁴⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 89.

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. vol. 3. p. 507. *In* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 24.

quem considere cinco pressupostos – fato antijurídico, nexos de imputação, dano causado, nexos de causalidade e a lesão a um bem juridicamente protegido -¹⁵⁰.

Apesar da divergência doutrinária, analisar-se-á apenas os pressupostos definidos como conduta/ação, nexos de causalidade e dano, este último dividido em dano moral e dano material.

4.3.1. Ação/Conduta

A ação é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil.

Entretanto, antes de qualquer coisa é necessário diferenciar ação e conduta. A conduta é própria dos seres humanos, visto que são os únicos com capacidade para se conduzir, conscientes de sua autodeterminação. Por sua vez, a ação é decorrência da capacidade de se conduzir, pressupõe uma finalidade eleita pelo sujeito para atingir o objetivo pretendido¹⁵¹.

Segundo Fernando Noronha, a conduta é “o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação, produzindo consequências jurídicas”¹⁵².

Destaque-se que a conduta humana exigida em sede de responsabilidade civil pode ser omissiva ou comissiva, conforme, inclusive, delimita o próprio art. 186 do Código Civil¹⁵³, de modo que, tanto a conduta comissiva, quanto a omissiva integram o conceito de ato ilícito, gerando responsabilidade civil.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de

¹⁵⁰ HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol.5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

¹⁵¹ HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol.5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.

¹⁵² HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol.5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.

¹⁵³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 08/09/2013.

comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo¹⁵⁴.

Portanto, verifica-se que para que haja ação, esta pode decorrer de uma conduta omissiva ou comissiva.

Ainda, ressalte-se que nos casos de omissão, somente poderá ser responsabilizado aquele que possui o dever jurídico de agir, isto é, aquele que em uma situação jurídica tem a obrigação de impedir a ocorrência do resultado.

Como exemplo, neste mesmo sentido, os pais, que respondem civil e penalmente pela omissão alimentar dos filhos, porque a eles cabe o dever legal de alimentá-los¹⁵⁵.

4.3.2. Nexo de Causalidade

O nexo causal ou nexo de causalidade traduz a ideia de que, por uma questão de lógica, ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano¹⁵⁶.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

(...) não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal.¹⁵⁷

Ou seja, trata-se de definir quando um determinado resultado é imputável ao agente diante da existência de relação entre dano e fato, para que este possa ser considerado causa daquele.

¹⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 48.

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 49.

¹⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 70.

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 70.

Segundo Rui Stoco, para a caracterização da responsabilidade civil, não basta que o agente tenha agido contrariamente à lei, também não basta que a vítima sofra um dano, pois se não houve prejuízo a conduta antijurídica não gera a obrigação de indenizar. Além disso, é necessário que se estabeleça uma relação entre a antijuridicidade e o mal causado¹⁵⁸.

Sérgio Cavalieri Filho demonstra em suma que “o nexos causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”¹⁵⁹.

Dentre as várias teorias relativamente ao nexos de causalidade, o mesmo autor supracitado destaca duas, quais sejam, a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

A primeira aduz que não se pode distinguir causa – aquilo que de algo dependa para existir - e condição – o que permite que a causa produza seus efeitos -. Todavia, tal teoria é criticada pelo fato de conduzir à fragmentação da causalidade¹⁶⁰.

De outro lado, a segunda teoria estabelece que a causa é tão somente aquele antecedente mais adequado à produção do resultado, de modo que a experiência comum informa qual, dentre todas as condições concorrentes, é a mais idônea a produzir o resultado. Esta é a teoria adotada pelo nosso direito civil¹⁶¹.

Por fim, destaque-se ser o nexos de causalidade aquele que, através da relação entre a conduta do agente e o prejuízo da vítima, permite chegar à caracterização da responsabilidade.

4.3.3. Dano

O dano é o principal elemento da responsabilidade civil, haja vista que sem a sua existência não é possível afirmar que haveria a obrigação de indenizar. Ora,

¹⁵⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

¹⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 71.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 72.

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 73.

sem dano não há o que reparar, portanto, diz-se ser o dano elemento indispensável para a existência da responsabilidade civil.

Assim, justifica-se a máxima de que “o dano não é somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar”¹⁶².

Superada a conceituação do dano e diante da repersonalização do Direito Civil, passou a se admitir o ressarcimento também do dano moral, o que anteriormente não era possível diante da conceituação do dano como a efetiva diminuição do patrimônio da vítima.

Atualmente, com uma mudança de paradigma no que concerne à responsabilidade civil, conceitua-se o dano, nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho:

(...) como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, o dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano patrimonial e moral.¹⁶³

Isto porque, entende-se, atualmente, ser juridicamente relevante tanto o patrimônio da pessoa quanto os seus valores morais, o direito de personalidade, a sua psique, dentre outros, justificando assim, a reparação por danos materiais e morais.

4.3.3.1. Dano material

O dano material, também conhecido como patrimonial, é caracterizado pelo ato ilícito cometido contra o bem material, ou seja, é a perquirição ou não de repercussão econômica, que possa ser convertida em dinheiro¹⁶⁴.

Esta espécie de dano é suscetível de avaliação pecuniária, e por isso de mais fácil apuração, podendo ser reparado diretamente – por meio da restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, isto é, o retorno ao status

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 96.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 96.

¹⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

quo – bem como indiretamente, – por meio de indenização pecuniária equivalente -
165 .

O dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante, haja vista que pode atingir o patrimônio presente da vítima, bem como o futuro; podendo ainda provocar não só a diminuição do patrimônio, como também impedir seu aumento.

Apenas para esclarecer de modo simples as subdivisões do dano material, diga-se que o dano emergente é aquele que importa a efetiva diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, enquanto o lucro cessante é o reflexo futuro sobre o patrimônio da vítima.

Portanto, resta claro que o dano material é de mais simples aferição, observadas as suas subdivisões, podendo ser compensado tanto por restauração ou reconstituição da situação, quanto por indenização pecuniária.

4.3.3.2. Dano moral

Diferente do dano material acima delimitado, o dano moral é caracterizado pelo ato ilícito cometido contra o bem imaterial, ou seja, é o ato cometido contra uma pessoa, sendo que os prejuízos desse ato afetam diretamente a vida pessoal, tornando-se mais difícil de ser apurado para reparação do que o dano material¹⁶⁶.

De acordo com Otavio Luiz Rodrigues Junior¹⁶⁷, o dano moral passou a ser considerado a partir da Constituição Federal de 1988, que no inciso X de seu artigo 5º, admitiu a indenização por dano moral, nos seguintes termos: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral”¹⁶⁸. Denotou-se assim, a gravidade com

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 96.

¹⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvio Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70.

¹⁶⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvio Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

¹⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 21/09/2013.

que pode ser tratado esse assunto e, inclusive, diariamente são tratadas temáticas relacionadas ao assunto nos meios de comunicação ou nos jornais¹⁶⁹.

Contudo, a maior dificuldade está na quantificação da indenização, pois caso não possa ser provado o prejuízo material, quanto ao dano, cabe ao juiz fixar o valor indenizatório¹⁷⁰.

Diante da dificuldade de fixar o valor do dano moral por se tratar de algo imensurável Antonio Jeová Santos explica que, cabe ao magistrado fixar o valor diante de seu juízo de valor, porém seguindo determinados critérios, os quais caberão de acordo com cada caso concreto¹⁷¹.

Deve levar em consideração que o valor a ser atribuído não pode ser insignificante, ou seja, não pode ser tão baixo, devendo ser fixado em quantia que de algum modo amenize a dor e sofrimento daquele que sofreu o dano, e ao mesmo tempo atinja sobremaneira aquele que o causou, como forma de puni-lo, objetivando que não mais ocorra aquela prática. Por outro lado, considerada a mesma linha de raciocínio, esse valor não pode ser tão elevado a ponto de gerar enriquecimento injusto ao destinatário da indenização, por isso, deve buscar se enquadrar no contexto econômico do País, bem como, observada a proporcionalidade, deve-se considerar o domínio econômico das partes envolvidas¹⁷².

Ainda, deve o juiz se valer de prova clara, firme e convincente, sendo que deve utilizar doutrina preponderante ao caso concreto, ressaltando suas peculiaridades¹⁷³.

As decisões de variados juízes em relação ao dano moral deve seguir um equilíbrio, tendo em vista que não podem existir decisões exageradamente diversas. A jurisprudência contribui muito para essa harmonização. Assim, se uma linha for

¹⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvio Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70.

¹⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvio Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70.

¹⁷¹ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 181.

¹⁷² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 181.

¹⁷³ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 182.

seguida, aqueles que buscam a indenização, terão maior segurança jurídica, ou seja, poderão de antemão prever uma possibilidade do resultado da demanda¹⁷⁴.

Superada a forma de quantificação do dano moral, pode-se relacionar ao abandono afetivo, tema relativamente ao qual se pretende analisar a incidência da responsabilização civil, que se identifica pelo abandono praticado por um dos genitores em relação aos seus filhos, causando, a estes últimos, algum tipo de dano, haja vista que tal prática vai de encontro aos deveres dos pais de sustento e educação, atitudes de zelo, criação e orientação, abrangendo ainda, sentimentos subjetivos como amor, afeto, carinho, dentro outros¹⁷⁵. Tal situação será analisada mais detidamente no próximo capítulo.

¹⁷⁴ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 183.

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 180.

5 O DEVER DE INDENIZAR NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

5.1 O DEVER DE INDENIZAR NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

O dano afetivo é uma espécie de dano moral. Logo, e conforme exposto longamente nos capítulos anteriores, estando presentes a postura omissiva do genitor, o dolo no agir, o dano ao filho e o nexo causal entre a prática dolosa e os prejuízos à vítima, configurado está o dever de indenizar.

A indenização em razão de abandono afetivo, ainda é tema controverso na doutrina e jurisprudência, haja vista que há quem entenda pela inviabilidade da reparação nos casos de abandono afetivo, sustentando, inclusive, que a procedência do pleito indenizatório traria mais malefícios do que benefícios aos menores, tendo também, por outro lado, os que entendem ser cabível o pagamento de tratamento médico específico ou diretamente uma indenização em pecúnia, como é o caso do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça.

Aqueles que afirmam não ser possível a indenização por dano afetivo entendem que já há punição civil suficientemente grave para os genitores relapsos, qual seja, a destituição do poder familiar, chegando a aduzir, inclusive, que se o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação¹⁷⁶.

Contudo, cabe, com a devida vênia, discordar do posicionamento acima. O poder familiar é hoje nada mais do que um direito-dever dos pais, exercido pelos genitores, a fim de servir aos interesses do filho, de modo que quando o genitor abandona o seu filho, está não só abdicando de um direito, como também descumprindo um dever. Assim, há aqueles que entendem ser a melhor forma de punir a própria destituição do poder familiar, isto é, impedir o genitor de dirigir a vida do infante, seria a melhor punição.

Todavia, embora se compreenda que a destituição do poder familiar traria significativo impacto para o genitor, isso só ocorreria com aquele que fosse

¹⁷⁶ CASTRO, Leonardo. O Preço do Abandono Afetivo. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v.9, n. 46, p. 14-26, fev/mar. 2008 *in*, BODANESE, Paula. **O dever de indenizar por dano afetivo nas relações paterno-filiais**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Monografia. Porto Alegre, 2011. p. 50. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13/10/2013.

presente, não podendo se aplicar o mesmo para o genitor ausente, haja vista que não representaria uma punição, mas uma mera continuidade de uma postura paterna negligente. Assim, nesse último caso, entende-se pelo cabimento da indenização pecuniária por abandono afetivo, verdadeira sanção ao genitor que, dolosamente se afasta da prole.

Importante que não se confunda o adimplemento de pensão alimentícia com o dever de indenizar nos casos de abandono afetivo, haja vista que se tratam de institutos diferentes. O primeiro visa a satisfazer as necessidades materiais da prole, enquanto o segundo possui caráter meramente indenizatório.

Outrossim, como um terceiro posicionamento, cabe destacar o pensamento de Ivone Cândido Coelho de Souza¹⁷⁷ que expõe sua contrariedade à reparação por abandono moral afirmando que nenhuma pressão do tipo monetária seria capaz de restaurar o vínculo entre pai e filho, e que este reequilíbrio poderia restar ainda mais estremecido pela persistência dos meios judiciais.

Sem dúvidas o argumento da referida autora é válido, corroborado pelos entendimentos de que o melhor seria uma conversa franca entre genitor e prole. Contudo, apesar da relevância desses entendimentos, deve-se ressaltar que os casos de indenização pecuniária merecedores de atenção do Judiciário, são as demandas mais singulares, nas quais se possa observar pelas provas constantes no processo que as tentativas de aproximação do menor em relação ao genitor se esgotaram e que a insistência do afastamento pelo genitor vem causando comprovados abalos psicológicos à prole.

5.1.1 A Indenização nos casos de Alienação Parental

Primeiramente, conforme Maria Celina Bodin de Moraes é necessário primeiramente reconhecer a diferenciação entre a relação conjugal e filial, entendendo que, como já citado anteriormente, a segunda requer responsabilidade e

¹⁷⁷ SOUZA, Ivone M. Cândido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto. Revista Brasileira de Direito das Família e Sucessões. Porto Alegre, v. 13, p. 60-74, dez/jan. 2010 in BODANESE, Paula. **O dever de indenizar por dano afetivo nas relações paterno-filiais**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Monografia. Porto Alegre, 2011. p. 51. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13/10/2013.

tem uma maior intensidade que a conjugal, que pode ser desfeita, atentando sempre para a questão de que na relação filial uma vulnerabilidade envolve uma das partes¹⁷⁸.

Considerada a grande responsabilidade que envolve a relação filial, é que as relações jurídicas são tão atuantes e criam uma gama grande de leis em prol dos menores, e que conforme previsto na atual Constituição Federal é dever da família assegurar vida, saúde, alimentação, lazer, profissionalização, cultura dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar¹⁷⁹.

Por isso é que nos casos de separação a guarda ficará com aquele que detiver melhores condições de executá-la, dependendo da interpretação do juiz através do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que se torna muito importante, de maneira que a solidariedade familiar passa a ser imprescindível¹⁸⁰.

É nessa relação de responsabilidade que os genitores devem atender a todas as necessidades dos filhos menores, visto que a figura destes é fundamental para a formação da personalidade do menor, e no caso da ausência deste cuidado, havendo prejuízos à integridade desse menor, existirá um dano a ser reparado¹⁸¹.

Isto posto, diga-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe uma relação de direito/dever que decorre do Poder Familiar, instituindo que é dever de quem detém tal poder a manutenção e proteção dos direitos relativos à criança e ao adolescente¹⁸².

Sob esse aspecto, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 73¹⁸³, anteriormente à edição da Lei da Alienação Parental, já previa que a inobservância das normas de prevenção importaria em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos da lei.

¹⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 447.

¹⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 448.

¹⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 448.

¹⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 449.

¹⁸² FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 101.

¹⁸³ Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lis/l8069.htm>. Acesso em: 16/10/2013.

A alienação parental é uma das formas identificadas de abandono afetivo. Todavia, nesse caso, o genitor que pratica o abandono o faz por motivos exteriores a sua vontade, normalmente por interferência daquele que possui a guarda do infante, no sentido de impedir o convívio do outro com o filho. E, nesse caso, a responsabilização civil se dá pela provocação consciente do alienador ao descumprimento dos deveres inerentes ao Poder Familiar pelo genitor que não possui a guarda da prole.

Aproveitando a análise acima realizada quanto ao dever de indenizar diante do abandono afetivo, importa dizer que assim como este, a alienação parental “não sofrerá dicotômico posicionamento, pois é uníssono que a prática ativa e nefasta da alienação parental é fato gerador do dever de indenizar”¹⁸⁴.

Segundo Douglas Phillips Freitas:

A prática de conduta alienadora, além de ilícita, é culpável de forma ativa, geradora de dano e, por constituir os elementos mínimos e necessários para a configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, impõe o dever, do alienador, em compensar o alienado (genitor e até mesmo o menor) moralmente pelos danos causados por sua conduta.¹⁸⁵

Ou seja, afirma o referido autor que por se tratar de uma conduta ilícita, culpável e geradora de dano, seria plenamente possível condenar aquele que pratica atos de alienação parental, à indenizar aquele que sofre os danos decorrentes daquela conduta.

Destaque-se ainda, que nos arts. 3º e 6º da Lei da Alienação Parental o legislador estabeleceu que a prática da alienação parental fere direito fundamental da criança ou adolescente, não excluindo a responsabilização civil.¹⁸⁶

Assim, incontestemente que a “postura imprópria de genitor que pratica Alienação Parental gera dano moral, tanto ao menor quanto ao genitor alienado, sendo ambos titulares deste direito”¹⁸⁷. Acerca disso:

¹⁸⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 106.

¹⁸⁵ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 106.

¹⁸⁶ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 107.

¹⁸⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 107.

(...) essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar aos filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência materna ou paterna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana (...).¹⁸⁸

Importa dizer ainda, que a criança, em razão da sua pouca idade não possui condições de tomar decisões ou reger seus interesses, cabendo aos genitores, no exercício do poder familiar, fazê-los. Contudo, quando há o exercício irregular deste, ocorre verdadeiro abuso de direito, tendo como consequência a responsabilização dos pais.

Destaque-se que o dano moral não é algo novo, apenas, aqui, trata-se de uma adaptação aos casos que decorrem de situações de Direito de Família.

Dito isso, passa-se à análise dos pressupostos do dever de indenizar no que tange ao abandono afetivo, e mais especificamente, relativa aos casos de alienação parental, nos quais o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar caracterizam o ato ilícito. Além desse elemento, também devem estar presentes o nexo causal e, principalmente, o dano.

Aqui, o nexo causal é identificado pela relação entre ato, culpa e dano. Por sua vez, o dano é caracterizado facilmente nos casos de alienação parental, pois “não há como se desconsiderar as mazelas trazidas pelo abandono afetivo em relação aos filhos”¹⁸⁹.

O elemento em relação ao qual fica mais dificultada a análise é a culpa. Esta por sua vez deve levar em consideração diversos fatores, que aqui serão analisados especificamente, levando em consideração os interesses inerentes ao menor, deixando um pouco de lado a possibilidade de indenizar o genitor alienado pela prática da alienação parental. Isto, pois parece mais importante privilegiar a proteção dos direitos das crianças e adolescentes no que diz respeito à alienação parental, haja vista a sua fragilidade e vulnerabilidade, considerado, inclusive o desenvolvimento psicológico da prole.

¹⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. *In* EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Leituras complementares de Direito Civil: Direito das Famílias*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 212. *In* FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 107.

¹⁸⁹ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 102.

Sabe-se que o menor, em fase de desenvolvimento físico e psicológico está em completa dependência afetiva e material dos pais, que por lei, devem cumprir essas obrigações, mas que, quando não o fazem, passa a se possibilitar a imposição de indenização, visto que a obrigação do afeto é essencial ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Destaque-se, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “a condenação por danos morais, decorrente de abandono afetivo, não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpra essencial função da vida da prole”¹⁹⁰.

Assim sendo, será ressarcível a prática de alienação parental, nos moldes da responsabilização civil quando houver dano efetivo, ou seja, quando ficar demonstrado que o abandono do genitor afetou concretamente a formação da personalidade do menor, portanto, quando essa ausência não for suprida de outra maneira¹⁹¹. Ressalte-se que, no caso específico da alienação parental, tem-se um abandono por parte de um dos genitores, todavia, aquele que abandona não o faz, em regra, por vontade própria, mas pelos atos praticados pelo genitor alienante em relação ao filho, que fazem com que ocorra um afastamento forçado da prole por aquele que não detém a guarda.

Entretanto, para que haja a reparação por danos morais, é necessária a comprovação do efetivo dano na formação da personalidade do menor, no caso da configuração da alienação parental não é diferente, sendo que, nesse caso, demonstrado o efetivo dano, a responsabilização não será do genitor que teoricamente abandonou a prole, mas sim do genitor que ocasionou essa situação através de manipulações e mentiras, fazendo com que pai e filho se afastassem.

Por fim, e não menos importante, superadas as questões acerca do cabimento das indenizações relativas à prática de alienação parental, utilizadas como forma de punir aquele que pratica os atos prejudiciais à prole, não é possível deixar de lado, ao menos uma sintética análise quanto à fixação do *quantum* indenizatório nesses casos.

Inicialmente, acerca da fixação do *quantum* indenizatório, deve-se esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro não admite o critério da tarificação, pelo qual o

¹⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: < http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem_so_de_pao_vive_o_homem.pdf>. Acesso em: 20/10/2013.

¹⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 182.

quantum das indenizações seria prefixado, devendo, portanto, ser utilizado o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do art. 946 do Código Civil¹⁹² ¹⁹³.

Apesar disso, Maria Helena Diniz apresenta lista robusta de critérios visando auxiliar o magistrado na fixação do montante indenizatório:

- a) Evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) Não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) Diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) Verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) Atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;
- f) Averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ato ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) Apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. (...)
- h) Levar em conta o contexto econômico do país. (...)
- i) Verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo;
- j) Basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) Analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) Procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) Aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.¹⁹⁴

¹⁹² Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26/10/2013.

¹⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. vol. 7. 21ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100.

¹⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. vol. 7. 21ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101-102.

Portanto, fica evidenciado que o arbitramento do *quantum* indenizatório, assim como nas demais situações, também no que se refere à alienação parental, deve ser feito pelos magistrados levando em conta, além de, possivelmente, os critérios acima sugeridos, o bom-senso e moderação, considerados ainda, a proporcionalidade e a razoabilidade no caso *sub examine*.

Por fim, após analisadas todas as questões referentes à responsabilização civil pelos danos causados pela prática da alienação parental, resta devidamente aclarada a plena possibilidade de aplicação do instituto da reponsabilidade civil nesses casos a partir da análise do caso concreto e dos reflexos causados pela referida conduta, tendo como consequência o arbitramento de uma indenização pecuniária destinada àquele que provocou o dano, visando puni-lo pelos prejuízos causados ao menor.

6 CONCLUSÃO

Consoante foi possível verificar no presente estudo, com a crescente e acelerada evolução das relações familiares, haja vista a incorporação ao ordenamento jurídico de novas formas de família, com a conseqüente mudança de paradigma quanto ao fim das relações conjugais, é certo que a relação com os filhos deve ser mantida, independentemente da situação relativa ao final do relacionamento entre os genitores, mesmo porque, as obrigações relacionadas aos filhos decorrem do poder familiar e este não se rompe juntamente com o vínculo conjugal.

Em que pese se saiba que o vínculo com os filhos, em regra, pode se dizer eterno, em algumas situações é possível verificar o rompimento desse vínculo. Conforme foi acima demonstrado, alguns genitores se omitem no que concerne aos seus deveres com os filhos, como a educação, afeto, carinho, atenção e desvelo, o que é chamado, abandono afetivo.

Ademais, indo um pouco mais além ao que tange à análise das formas de abandono afetivo, identifica-se a alienação parental, na qual um dos genitores, em razão das mágoas sofridas pelo rompimento da relação conjugal, insiste em utilizar o filho como meio de vingança, induzindo o infante a desgostar da relação com o outro genitor, fazendo com que a esta seja rompida.

Assim, tem-se que, via de regra, nesses casos, o genitor que não possui a guarda da prole deixa de conviver com esta, porém, não por sua vontade, mas por interferência externa, do genitor alienador, que impede o cumprimento dos deveres e direitos inerentes ao poder familiar do outro genitor em relação ao seu filho. Ainda, destaque-se que, em alguns casos a simples prática de atos de alienação parental, vem a se tornar Síndrome da Alienação Parental, consistente em um conjunto de prejuízos causados ao menor pela prática da alienação parental. Portanto, vê-se que a prática de quaisquer dessas situações, sobremaneira, influencia a vida dos menores e pode, sem dúvidas, causar-lhes grandes prejuízos.

Por isso, resta questionar de que maneira pode o Judiciário auxiliar na proteção do melhor interesse da criança e do adolescente nos casos em que há prática do abandono afetivo ou, especialmente aqui analisada, alienação parental.

Consoante se depreende da análise acima desenvolvida, com a crescente ocorrência desses casos, doutrina e jurisprudência começaram a desenvolver

formas de impedir e punir a prática desses atos pelos genitores em relação aos seus filhos, visando de alguma forma proteger a integridade dos menores diante dessas situações.

A partir disso, desenvolveu-se a possibilidade de aplicação de indenizações pecuniárias aos genitores, desde que comprovados efetivos prejuízos à prole decorrentes da prática de atos de alienação parental ou fruto das suas consequências. Deve-se dizer que nos casos de alienação parental, o genitor que pratica o abandono afetivo não é, em regra, o devedor da quantia indenizatória ao menor, pois o afastamento decorre de atos do genitor que possui a guarda da criança, voltados a impedir a convivência do não detentor da guarda com a sua prole.

Assim sendo, resta destacada a importância de verdadeira análise detida pelo Judiciário dos casos em que se verifiquem essas práticas, adotando-se, sempre o mais breve possível, medidas como a responsabilização civil daquele que pratica atos contrários ao melhor interesse de seus filhos, visando à punição pelo descumprimento de função essencial da vida da prole, e nos casos de alienação parental, daquele que impede que o outro cumpra essa função, e evitar, ainda, a recorrência da prática, considerados, especialmente, os prejuízos aos menores que dela podem advir.

REFERÊNCIAS

BODANESE, Paula. **O dever de indenizar por dano afetivo nas relações paterno-filiais**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Monografia. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf?sequence=1>>.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

BRASIL. Decreto nº2.681, de 7 de dezembro de 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 9 de 28 de junho de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>.

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CUNHA, Liliane Teresinha. **Possibilidade de perda do poder familiar em decorrência da alienação parental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2010. Disponível em: <http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/cursos/cursos_graduacao/Direito_Tubarao/2010-A/Liliane_Terezinha_Cunha.pdf>.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema**.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. v.7. 21ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Amanda Rocha. **Alienação Parental à Luz da Proteção Constitucional Destinada às Famílias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87116380/Monografia-Alienacao-Parental>>.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARDNER, Richard Alan. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1685>>.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LONGANO, Vanessa Arruda. A Alienação Parental Nos Casos de Separações Judiciais. **Revista Npi/Fmr**, ano V, ago. 2011. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>.

MONTEIRO, Wesley Gomes. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: ensaio sobre a alienação parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 16/09/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2016_09_2011.pdf>.

MORAES, Luiz Felipe Rodrigues de. **Alienação Parental**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 03/11/2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alienacao%20parental%2003_11_2011.pdf>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil – constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, José Antonio Cordeiro de. **Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 06/06/2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/730>>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf>.

PINHEIRO, Gilson Lopes; RANGEL, Esther Helena Peixoto. **Alienação Parental**. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/revistapensar/art/a43.pdf>>.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental - AP. **Jus Vigilantibus**, 27 jul. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41152>>.

REIS, Raphael Silva; REIS, Nara da Conceição Santos Almeida. Alienação Parental: consequências jurídicas e psicológicas. **Revista Esmese**, n. 14, 2010. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40934/alienacao_parental_consequencias_reis.pdf?sequence=1>.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; DA ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Sílvio Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a Nova Regra do Divórcio**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho, 21/10/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo**. Referente ao RESP 1159242. 02/05/2012. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil – Direito de Família**. vol. 5. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2013.