

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ATOS DE ALIENAÇÃO
PARENTAL**

CAROLINE PASSOS LAURIA DE SOUZA

Rio de Janeiro
2019/1º semestre

CAROLINE PASSOS LAURIA DE SOUZA

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ATOS DE ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Flavio Alves Martins.

**Rio de Janeiro
2019/1º semestre**

Catálogo na Publicação

CAROLINE PASSOS LAURIA DE SOUZA

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ATOS DE ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Flavio Alves Martins

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ **Orientador**

_____ **Co-orientador (Opcional)**

_____ **Membro da Banca**

_____ **Membro da Banca**

Rio de Janeiro
2019/1º semestre

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço aos meus queridos pais, Patricia e Marcelo, pelo apoio incondicional ao longo dessa jornada. Obrigada pelo amor, carinho e suporte.

Agradeço também aos meus irmãos Giulia e Matheus, e namorado Daniel, que fizeram deste caminho mais leve e feliz.

Bem como a esta universidade maravilhosa, da qual tanto me orgulho, e aos professores que além de me proporcionarem conhecimento, foram responsáveis pela minha transformação não só em uma profissional do direito, mas em um ser humano mais resiliente e empático.

Agradecimento especial ao meu orientador, Flavio Martins, pelo apoio e orientação.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que de alguma forma, me ajudaram a concluir essa etapa tão importante da minha vida.

RESUMO

O rompimento do vínculo conjugal nem sempre é bem administrado pelos cônjuges, e em muitas vezes, pode gerar situações em que um genitor, em uma campanha de difamação, visa afastar a prole do ex-cônjuge. A prática, denominada Alienação Parental, traz consequências graves no que tange ao desenvolvimento psíquico e mental do menor envolvido. A Lei 12.318/2010, tratou do assunto, viabilizando a responsabilização civil em casos em que haja a prática de Alienação Parental. Contudo, a possibilidade de indenização pecuniária no Direito das Famílias não é tema pacificado na doutrina e jurisprudência, gerando decisões destoantes acerca do mesmo assunto. Demonstrar-se-á o conceito e as características da síndrome da alienação parental e do instituto da responsabilização civil, e, por conseguinte, far-se-á uma análise do dano moral no Direito das Famílias, com decisões no âmbito dos tribunais no que se referem ao tema. Finalmente, analisar-se-á o voto e os argumentos da Ministra Nancy Andrighi em Recurso Especial que condenou o um genitor a pagar indenização a título de danos morais para a filha a qual abandonou.

Palavras-chave: Síndrome da Alienação Parental; Responsabilização Civil; Direito das Famílias.

ABSTRACT

The breakup of the marital bond is not always well administered by the spouses, and in many cases, it can generate situations in which a parent, in a campaign of defamation, aims to alienate the offspring of the ex-spouse. The practice, called Parental Alienation, has serious consequences for the psychic and mental development of the minor involved. Law 12.318 / 2010, dealt with the subject, making possible the civil responsibility in cases in which there is the practice of Parental Alienation. However, the possibility of pecuniary compensation in Family Law is not a pacified theme in doctrine and jurisprudence, generating dissenting decisions on the same subject. The concept and characteristics of the parental alienation syndrome and the institute of civil liability will be demonstrated, and an analysis of the moral damage to Family Law will therefore be made, with decisions in the refer to the topic. Finally, we will analyze the vote and arguments of Minister Nancy Andrighi in a Special Appeal that sentenced a parent to pay compensation for moral damages to the daughter she abandoned.

Keywords: Parental Alienation Syndrome; Civil Responsibility; Family Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ASPECTOS GERAIS DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	12
1.1 A caracterização da Alienação Parental.....	12
1.2 Identificação do fenômeno.....	14
1.3 Consequências da alienação parental.....	17
1.4 A implantação de falsas memórias.....	19
1.4.1 Falsas denúncias de abuso sexual.....	20
1.5 Comentários a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010.....	23
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.	25
2.1 Conceito e breve evolução histórica.....	25
2.2 Pressupostos.....	29
2.2.1 Conduta humana.....	29
2.2.2 Nexo de causalidade.....	30
2.2.3 Dano.....	31
2.3 Modalidades e classificações.....	32
2.3.1 Subjetiva.....	32
2.3.2 Objetiva.....	33
2.3.3 Pré-contratual.....	34
2.3.4 Contratual e extracontratual.....	34
3 O DANO MORAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	36
3.1 Dos argumentos que refutam a exclusão do dano moral no direito de família.....	37
3.2 Das condutas passíveis de responsabilização.....	40
3.3 Dos valores fixados pelos tribunais.....	44
4 DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)	47
4.1 Do cabimento da indenização por dano moral.....	47
4.2 Dos elementos necessários a caracterização do dano moral.....	49
4.2.1 Da ilicitude e da culpa.....	51
4.2.2 Do dano e do nexo causal.....	53

4.3	Da repercussão do julgado.....	55
	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62
	ANEXO.....	66

INTRODUÇÃO

Segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o número de dissoluções conjugais no Brasil aumentou 8,3% no período entre 2016 e 2017, tendência esta que vem afetando consideravelmente as relações familiares, em especial, entre pais e filhos. A rotina pós-separação em conjunto aos conflitos inerentes à situação, podem acabar por gerar situações que afetam diretamente a prole, causando traumas e sequelas por toda a vida.

Paralelamente, o advento da Constituição da República de 1988, fundada basilarmente no princípio da dignidade humana, trouxe o indivíduo como um ser autônomo, sujeito de direitos e garantias, não havendo qualquer prerrogativa doméstica apta a justificar a violação dos direitos individuais inerentes a pessoa humana.

Nesta baila, a Lei de Alienação Parental, de 26 de agosto de 2010, trouxe ao ordenamento brasileiro disposições que não só identificam práticas nocivas aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas também visam a cessação os atos, punindo – nas esferas criminal e cível – os responsáveis por tais violações.

Assim, observou-se a possibilidade de reparação civil dentro do âmbito familiar, e desta forma, houve um aumento substancial das demandas judiciais envolvendo pais e filhos em relação as possíveis violações da dignidade humana, inclusive no que tange a esfera afetiva.

A justificativa principal da investigação reside na constatação de que ainda que seja um tema de grande relevância social, o cabimento do dano moral no Direito das Famílias mostra-se controvertido, vez que é questionável a reparação pecuniária como forma de compensação pelos danos emocionais causados pelo genitor.

Outrossim, a presente pesquisa é de suma importância, vez que se trata de tema relativamente novo tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto nos tribunais, tendo os magistrados apresentado soluções e entendimentos diversos nas lides acerca do assunto.

Para tanto, será trabalhado no primeiro tópico o conceito, caracterização, identificação e consequências da Alienação Parental, demonstrando de que forma a prática é capaz de gerar

inúmeros desdobramentos negativos para a criança e o adolescente, ferindo direitos fundamentais como o da convivência familiar, prejudicando as relações de afeto entre o genitor e o menor.

O segundo tópico será dedicado a uma análise pormenorizada do instituto da responsabilização civil, trazendo seu conceito, evolução histórica, pressupostos e espécies.

O terceiro tópico trará a questão controversa do cabimento do dano moral no Direito das Famílias, demonstrando os argumentos que refutam a indenização pecuniária, as condutas passíveis de responsabilização civil e os valores fixados pelos Tribunais.

Por fim, o último tópico trará uma análise do Recurso Especial nº 1.159.242, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que julgou em 2012 um caso relativo a responsabilização civil no âmbito do Direito das Famílias. Será realizada uma análise do voto, finalizada com a verificação da repercussão do julgado nos Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais e São Paulo no último ano.

1. ASPECTOS GERAIS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Para estudar o fenômeno da alienação parental regulado a partir da Lei nº 12.318/2010, e consequentemente a responsabilização civil decorrente da prática, é necessário fazer um breve estudo sobre seus aspectos gerais. Para tanto, tratarei primeiro sobre a caracterização deste fenômeno.

1.1 A caracterização da Alienação Parental

A alienação parental é caracterizada pela campanha de um dos genitores que detenha a guarda ou vigilância da criança ou do adolescente, contra o ex-cônjuge. A prática prejudica não só o vínculo afetivo com o outro genitor, mas também gera prejuízos incalculáveis na formação psicológica do menor envolvido.

O fenômeno da alienação parental está intimamente ligado a ruptura da família por meio do término da relação conjugal entre os pais da criança ou adolescente. Na maioria dos casos, inconformado com o término do relacionamento, aquele que detém a guarda do menor usa o filho como objeto de manobra para atingir o ex-companheiro. Para tal, faz uso de mentiras, ilusões e falsas situações que visam minar a relação existente com o outro genitor.

Ainda que registros anteriores apontem para a existência de situações de Alienação Parental, somente em 1985 o psiquiatra norte-americano Richard Gardner¹, difundiu a chamada Síndrome de Alienação Parental (SAP).

Sobre o tema, o médico aduz:

Os profissionais de saúde mental, os advogados do direito de família e os juízes geralmente concordam em que temos visto, nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite ao genitor alienante ganhar força no tribunal para alavancar seu pleito. Há uma controvérsia significativa, entretanto, a respeito do termo a ser utilizado para esse fenômeno. Em 1985 introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para descrever esse fenômeno.²

¹GARDNER, Richard. *Parental alienation syndrome*. Traduzido por Rita Rafaeli. 2002, online.

²GARDNER, Richard. *Parental alienation syndrome*. Traduzido por Rita Rafaeli. 2002, online.

No que se refere ao limiar da alienação parental, Képes preleciona:

Ela costuma ser desencadeada nos movimentos de separações ou divórcio dos casais, mas sua descrição ainda constitui uma novidade, sendo pouco conhecida por grande parte dos operadores do direito.³

Para Maria Berenice Dias,

[...] muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.⁴

Importante esclarecer que a alienação parental se difere da chamada Síndrome de Alienação Parental proposta pelo Gardner. Enquanto a alienação parental se refere a atos praticados pelo alienador a fim de afastar a prole do genitor alienado, a Síndrome de Alienação Parental ocorre após o processo, manifestando-se através de sequelas emocionais e comportamentais que por vezes, acompanham o menor pelo resto da vida.

Percebe-se que o alienador se utiliza não só da ausência de discernimento do menor, mas também da confiança que lhe é depositada para implantar falsas memórias e sentimentos negativos quanto à figura do genitor vitimado. Não há consideração por parte do genitor alienador dos malefícios oriundos da dissolução do vínculo parental entre o menor e o genitor alienado. Dessa forma, a criança torna-se objeto de manipulação, aceitando como verdade absoluta tudo o que o genitor guardião afirma.

Nesse sentido, é inegável que a produção de tal fenômeno constitui forma de abuso no exercício do poder parental e se não identificada precocemente, restará ao menor a exposição a

³ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. A Síndrome da Alienação Parental: um estudo exploratório. Porto Alegre: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 2006, p. 51.

⁴DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: Um abuso Invisível**. s/d, online.

uma série de comportamentos abusivos que acabarão por gerar sequelas psicológicas de difícil reversibilidade.

1.2 Identificação do fenômeno

Como meio de coibir a alienação parental, o magistrado de acordo com o artigo 4º da Lei nº 12.318/2010⁵ pode determinar a requerimento ou de ofício, independente do momento processual que se encontre, ouvido o Ministério Público, medidas provisionais necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente.

Segundo o referido artigo, devida gravidade do fenômeno da alienação parental, o juiz pode agir de ofício, de modo a priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente. Ainda é previsto a tramitação prioritária do processo, o que reforça a ideia de que em se tratando dos atos de alienação parental, é necessário agir de forma rápida e efetiva na identificação do fenômeno para posteriormente aplicar-se as medidas cabíveis no caso concreto.

Sobre a identificação da síndrome, Podevyn diz:

Para identificar uma criança alienada, é mostrada como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “folie à deux”⁶. Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio.⁷

Ainda, o Autor identificou os comportamentos clássicos de um genitor alienador, conforme descrito abaixo:

- a) Recusar ou dificultar passar as chamadas telefônicas aos filhos;
- b) Organizar várias atividades com os filhos durante o período que o outro genitor deve, normalmente, exercer o direito de visitas;
- c) Apresentar o novo cônjuge aos filhos como sua “nova mãe” ou “novo pai”;
- d) Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;

⁵ BRASIL. Lei Nº 12.318, De 26 De Agosto De 2010. Portal da Presidência da República, Brasília. Publicado no DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010.

⁶ Tradução: loucura à dois.

⁷ PODEVYN, François. **Síndrome da Alienação Parental**. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). 2001, online.

- e) Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades em que os filhos estão envolvidos (esportes, atividades escolares, grupos teatrais, escotismo etc.);
- f) Falar de maneira descortês do novo cônjuge do outro genitor;
- g) Impedir o outro genitor de exercer seu direito de visitas;
- h) “Esquecer” de avisar o outro genitor e compromissos importantes (dentista, médicos, psicológicos);
- i) Envolver pessoas próximas (sua mãe, seu novo cônjuge etc.) na lavagem cerebral de seus filhos;
- j) Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor(escolha de religião, escolha da escola etc.);
- l) Trocar (ou tentar trocar) seus nomes e sobrenomes;
- m) Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
- n) Sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
- o) Falar aos filhos que os presentes do outro genitor são inadequados ou feios e proibi-los de usá-los;
- p) Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem como outro genitor de qualquer maneira;
- q) Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos;
- r) Interceptar as cartas e os pacotes mandados aos filhos;
- s) Transformar a criança em espiã da vida do ex-cônjuge;⁸

Outrossim, segundo Ana Carolina Madaleno e Rolf Madaleno⁹, há ainda uma outra forma de identificação da síndrome: a ausência de ambivalência no ódio dirigido ao genitor alienado. Segundo a Autora, o ser humano é ambivalente por natureza, tendo sempre a noção de que nem tudo é bom e nem tudo é ruim, e que em todas as situações existem dois lados. Contudo, em menores portadores da SAP, essa visão é inexistente. Em tais situações, o menor ou adolescente tende a demonizar o pai alienado, não havendo espaços para brechas e concessões, enquanto o alienador passa a ser visto como um ser totalmente imaculado e desprovido de falhas.

Em casos de alienação parental, frequentemente há uma clara divisão de lados onde o menor é "recrutado" pelo alienador, tornando-se um defensor fiel que toma o conflito conjugal como uma realidade sua, tornando-se instrumento de guerra, uma vez que muitas vezes, ainda é desprovido de pensamento crítico e fácil objeto de manobra pelo alienador.

Denise Maria Perissini, psicóloga clínica e jurídica de direito de família descreve alguns comportamentos típicos de crianças portadoras da SAP:

⁸ PODEVYN, François. **Síndrome da Alienação Parental**. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). 2001.

⁹ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 44.

- a) a criança denigre o pai alienado com linguajar impróprio e severo comportamento opositor, muitas vezes utilizando-se de argumentos do (a)genitor (a) alienador (a) e não dela própria; para isso, dá motivos fracos, absurdos ou frívolos para sua raiva.
- b) declara que ela mesma teve a ideia de denegrir o pai alienado. O fenômeno do “pensador independente” acontece quando a criança garante que ninguém disse aquilo a ela.
- c) o filho apoia e sente a necessidade de proteger o pai alienante. Com isso, estabelece um pacto de lealdade com o genitor alienador em função da dependência emocional e material, demonstrando medo em desagradar ou opor-se a ele.
- d) menciona locais onde nunca esteve na data em que é relatado um acontecimento de suposta agressão física/sexual ou descreve situações vividamente que nunca poderia ter experimentado – implantação de “falsas memórias”.
- e) a animosidade é espalhada para também incluir amigos e/ou outros membros da família do pai alienado (voltar-se contra avós paternos, primos, tios, companheira). Neste ponto “vovó querida” transforma-se na “velha chata”, novo cônjuge do alienador torna-se intruso e as atitudes severas para o genitor alienado se estende também ao seu companheiro (a).¹⁰

Uma vez instaurada a síndrome da alienação parental, a criança absorve toda a campanha realizada pelo alienador, passando a assumir uma postura de ataque perante o outro genitor. Injúrias, deprecições e a interrupção da convivência demonstram uma postura defensiva, uma vez que ainda que amem o pai/mãe alienado, nutrem maus sentimentos e passam a tratá-lo como aquele indivíduo a quem precisam odiar.

Em sua obra, Ana Carolina Madaleno e Rolf Madaleno¹¹ apontam a existência de três estágios da Síndrome de Alienação Parental: o leve, o moderado e o grave.

No estágio I, a campanha de difamações já existe, entretanto, em um grau leve que não gera problemas no momento das visitas. O vínculo entre pai e filho não sofre grandes mudanças quando comparado ao que era antes da dissolução conjugal, entretanto, a criança já passa, com pouca frequência, a demonstrar sentimento de culpa pela convivência com um genitor no qual há forte campanha de difamação pelo genitor alienador.

No estágio leve, muitas vezes a difamação realizada por um dos pais é vista como elemento intrínseco ao processo de separação, e dessa forma, é levada como um ônus a ser minimizado com o passar do tempo.

¹⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Por uma Ética na Psicologia Jurídica aplica ao Direito de Família**. Psicologia Jurídica, 2010, online.

¹¹MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 46-48.

No estágio dois, também conhecido como estágio médio, o relacionamento entre o genitor e filho é de fato abalado. Após forte campanha de difamação, a menor passa a resistir as visitas, e os conflitos na entrega do menor passam a ser habituais. Começa-se a construção da imagem de um genitor bom e outro mau, uma vez que o menor, fortemente influenciado pelas opiniões do alienador, passa a construir uma relação de cumplicidade e defesa com o mesmo. Nesse estágio, não só o pai alienado sofre com os conflitos e o afastamento, mas sua família também, passando a tornar-se um núcleo totalmente estranho àquela criança.

No estágio três, as visitas tornam-se difíceis e muitas vezes, nem chegam a ocorrer. Os menores, extremamente perturbados e imersos na campanha difamatória, passam a odiar o progenitor, não só evitando o contato, mas atacando o genitor alienado através de injúrias e difamações. Não há espaço para concessões e o habitual é que a situação inviabilize a continuidade do regime de visitas.

Uma vez destruída a relação entre pai e filho, o genitor alienado torna-se um intruso e a mãe/pai passa a assumir controle total na vida do menor, excluindo o progenitor de toda e qualquer decisão e participação na vida do filho.

1.3 Consequências da alienação parental

Não há dúvidas de que um ambiente tranquilo e a qualidade do vínculo afetivo entre a criança e os genitores são a base de um desenvolvimento físico e emocional saudável. Assim sendo, a ausência de um dos familiares causada pelo rompimento abrupto do vínculo parental por atos de alienação parental acabam por gerar profundas mudanças no desenvolvimento do menor.

O Estatuto da Criança e Adolescente¹², em seu art. 5º prevê que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

¹² BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.** Câmara dos Deputados. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

Contudo, contrariando o referido dispositivo legal, a desestruturação e o desgaste inerentes aos conflitos familiares – principalmente no que tange a ocorrência da SAP – acabam por gerar efeitos que perduram por toda a vida do menor, configurando-se como um real abuso do poder familiar.

Em reportagem¹³ publicada no Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDAFAM), a neuropediatra Liubiana de Araújo esclarece que o estresse gerado pela desestruturação familiar pode ser tolerável ou tóxico para a criança. Em casos onde há uma estrutura familiar atuando de modo a amenizar os danos provenientes da dissolução conjugal, o estresse é tolerável. Entretanto, em casos em que há um divórcio conturbado e atos de alienação parental, ocorre o que se pode chamar de estresse tóxico na infância. Dentre os principais efeitos desse tipo de estresse estão o desinteresse e desatenção na escola; prejuízo da arquitetura do sono; dores de cabeça ou dor abdominal como forma de manifestação; rompantes de agressividade, irritabilidade e depressão infantil.

Ana Carolina Madaleno e Rolf Madaleno ressaltam que:

[...] para sobreviver, os filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a exprimir falsas emoções, se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental.¹⁴

Segundo estudos de Podevyn¹⁵, as crianças também podem vir a adoecer psiquicamente na vida adulta, ou apresentar desordens emocionais, tais como depressão crônica, a incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, dependência de substâncias tóxicas, agressividade, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla e múltipla personalidade e, em casos extremos, levar ao suicídio.

¹³IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Consequência da alienação parental, estresse tóxico prejudica desenvolvimento neurológico da criança**. 2018, online.

¹⁴MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 46-48.

¹⁵ PODEVYN, François. **Síndrome da Alienação Parental**. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). 2001.

Os efeitos da instalação da síndrome estendem-se também ao genitor alienado. Este, torna-se um completo estranho perante ao filho, que a essa altura, já passa a compartilhar as mesmas ideias do genitor alienador. Há a quebra de confiança entre o alienado e a prole e o afastamento completo da relação entre ambos, prejudicando o direito de convivência familiar assegurado aos filhos na Carta Magna.

Inicialmente, uma crise de lealdade entre ambos, na qual o afeto por um é entendido como uma traição pelo outro, o que faz com que o filho, muitas vezes, comece a contribuir para a campanha de desmoralização do genitor alienado. Com o tempo, o genitor alienado passa a ser rejeitado ou odiado pelo filho, tornando-se um forasteiro para ele, e tendo o vínculo que os une irremediavelmente destruído, caso tenha ocorrido o hiato de alguns anos sem convivência, principalmente, quando esses anos foram os primordiais para a constituição do filho enquanto sujeito.¹⁶

Após o afastamento, o progenitor alienador torna-se a única referência dos filhos, legitimando toda e qualquer conduta que antes poderia ser repelida pelo pai alienado. Uma vez rompido o vínculo parental, o pai guardião atinge seu objetivo, descartando o ex-cônjuge da vida do menor e tomando para si todas as decisões referentes a vida do filho.

Nesse sentido, é notório que os atos de alienação parental vão além do rompimento do vínculo parental, causando danos psicológicos e emocionais que transcendem a infância e adolescência do menor, afetando também o pai alienado, que em muito dos casos, torna-se um mero estranho perante a prole.

1.4 A implantação de falsas memórias

Em uma simples definição, memória é o armazenamento de informações e fatos obtidos através de experiências ouvidas e vividas. Contudo, o conceito de falsas memórias consiste em lembranças de fatos que nunca ocorreram, implantados por meio de informações enganosas.

A prática é comumente utilizada em atos de alienação parental e embasam falsas acusações de maus-tratos e abusos sexuais. As graves acusações geram consequências que ultrapassam o âmbito familiar e chegam ao campo penal, considerando que uma vez realizadas, as denúncias – ainda que falsas – devem ser apuradas pela autoridade competente.

¹⁶VIEIRA, Larissa A. Tavares; BOTTA, Ricardo Alexandre Aneas. O efeito devastador da alienação parental: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado. **Revista Psicólogo**, set./2013, online.

Sobre tal forma de alienação parental, Mônica Guazzelli evidencia que:

A falsa denúncia de abuso retrata o lado mais sórdido de uma vingança, pois vai sacrificar a própria prole; entretanto, é situação lamentavelmente recorrente em casos de separação mal resolvida, onde se constata o fato de que muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe o sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande¹⁷

De acordo com Alexandra Ullmann¹⁸ as influências externas, como informações repetidas por terceiros, são capazes de introduzir ou modificar elementos em experiências pelas quais efetivamente passamos. Uma lembrança mal lembrada pode nos remeter a sentimentos não sentidos ou momentos não vividos, situação clara de dicotomização e fragmentação da personalidade.

Nesse sentido, beneficiado pela ausência de discernimento do menor, o genitor alienante passa a criar ou manipular situações desfavoráveis ao ex-cônjuge e repeti-las insistentemente de forma que o filho interiorize aquela conduta como se verdade fosse.

De acordo com Maria Berenice Dias:

Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma false existência, implantando-se, assim, falsas memórias.¹⁹

Dessa forma, conclui-se que a implantação de falsas memórias é sem dúvida uma das formas mais graves de alienação parental, vez que influi diretamente na formação da percepção e caráter do menor. Este, perturbado emocionalmente e psicologicamente, passa a ter uma visão distorcida da realidade, gerando prejuízos para si próprio, e principalmente para o genitor vítima das falsas acusações.

1.4.1 Falsas denúncias de abuso sexual

¹⁷GUAZZELLI, Mônica. **A falsa denúncia de abuso sexual**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁸ULLMANN, Alexandra. **A Introdução de Falsas Memórias**. Pais por Justiça, 2009, online.

¹⁹DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** s/d, online.

A falsa denúncia de abuso sexual está sobretudo, interligada ao fenômeno de implantação de falsas memórias. Nas palavras de Mônica Guazzelli²⁰, por mais incrível que pareça, por razões patológicas que advém da raiva, do ódio, do desejo de vinganças e similares, um dos genitores pode até mesmo denunciar o outro por agressões físicas ou abuso sexual, sem que isso tenha, verdadeiramente, ocorrido.

Como explica Ana Carolina Madaleno e Rolf Madaleno:

no caso de falsa alegação de abuso sexual, o genitor alienante programa falsas memórias na criança e a faz repetir como se realmente tivesse sido vítima de incesto, e dificilmente a criança percebe a manipulação que sofre, e acredita piamente serem verdadeiras as alegações forjadas pelo alienador, sendo que, com o tempo, até mesmo o alienador confunde a verdade da história fictícia.²¹

A falsa denúncia de abuso sexual configura uma das formas mais graves de alienação parental. Entretanto, ainda que se trate de ato extremamente sério, a prática vem sendo utilizada de maneira reiterada, uma vez que basta uma simples assertiva de que o menor foi vítima de abuso sexual, para o juiz determinar o afastamento entre o genitor acusado e o filho.

Uma vez levada a conhecimento do judiciário, o período de visitas é suspenso, até que se proceda com os estudos sociais e psicológicos acerca da veracidade do fato. O processo é longo e durante esse tempo, a convivência entre pai e filho é interrompida. O afastamento do pai alienado em conjunto a intensa campanha realizada pelo outro cônjuge sacramenta o objetivo inicial de todo o processo: romper o vínculo entre pai e filho.

Se por um lado há o dever de proteção ao menor, do outro há o receio de que se a denúncia não for verdadeira, imensurável será o dano para os envolvidos, uma vez que a criança será privada do convívio com o genitor que nunca lhe causou qualquer mal.

Para Maria Helena Diniz, o mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-

²⁰ GUAZZELLI, Mônica. **A falsa denúncia de abuso sexual**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²¹ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar, enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo, cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia²².

De acordo com Andrea Calçada, o imaginário infantil pode tornar as falsas memórias implantadas pelo genitor em um abuso sexual real. A psicóloga traduz algumas consequências para a criança envolvida:

Alterações na área afetiva depressão infantil, angústia, sentimento de culpa, rigidez e inflexibilidade diante das situações cotidianas, insegurança, medos e fobias, choro compulsivo sem motivo aparente.

Alterações na área interpessoal: dificuldade em confiar no outro, dificuldade em fazer amizades, dificuldade em estabelecer relações, principalmente com pessoas mais velhas, apego excessivo a figura "acusadora". Alterações na área da sexualidade: não querer mostrar seu corpo, recusar tomar banho com colegas, recusa anormal a exames médicos e ginecológicos, vergonha em trocar de roupa na frente de outras pessoas. Esses dados foram observados e colhidos na fase de avaliação em crianças. Não temos por enquanto, dados que digam respeito a alterações a médio e a longo prazo. Vemos então que assim como no abuso sexual real, a base estrutural de autoestima, autoconfiança e confiança no outro ficam bastante abaladas, sendo portanto, terreno fértil para que patologias graves possam se instalar.²³

As consequências não se limitam a criança, mas atingem principalmente o genitor vítima das falsas acusações. Este, tem sua imagem maculada e passa a ser visto na sociedade como um “monstro” indigno de confiança, causando sentimento de revolta e impotência no genitor.

Não obstante, Patricia Ramos se posiciona acerca sobre as sequelas:

A acusação de abuso sexual, notadamente quando o acusado é pai, traz uma mancha indelével para a sua imagem. Dentro de uma sociedade sadia, a violência sexual praticada contra crianças é considerada algo ignóbil, que merece repúdio e mecanismos sérios de proteção da vítima.²⁴

Ainda que as falsas denúncias de abuso sexual sejam recorrentes em situações de alienação parental, deve-se tomar cuidado, considerando que um genitor que de fato abusou de seu filho, pode esconder-se por detrás da SAP. Este, diante da situação de animosidade da prole,

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2005.

²³ CALÇADA, Andreia. **Falsas acusações de abuso sexual – o outro lado da história**. APASE, 2000, online.

²⁴ RAMOS, Patricia. **Abuso Sexual ou Alienação Parental: o difícil diagnóstico**. Associação portuguesa para a igualdade parental e direito dos filhos, 2010, online.

pode alegar que o comportamento é fruto da campanha de difamação desempenhada pelo ex-cônjuge.

Diante da complexidade da situação, José Manoel Aguiar²⁵ traz uma descrição comparativa com o intuito de estabelecer as diferenças entre o abuso sexual e as falsas denúncias. Entre as diferenças, pode-se ressaltar que nos casos em que ocorreu o abuso sexual de fato, a criança lembra do que aconteceu sem qualquer ajuda externa, há conhecimentos sexuais impróprios a idade, costumam aparecer indicadores físicos do abuso (lesão, infecção, entre outros), há denúncia prévia a separação, além de apresentar desordens emocionais como sentimento de culpa, estigmatização, sintomas depressivos, baixa autoestima, choro sem motivo, entre outros. Em casos de alienação parental, o menor necessita de ajuda externa para recordar o que viveu, são quase inexistentes os conhecimentos sexuais de caráter físico, não apresentam transtornos emocionais ou indicadores físicos do abuso e não apresentam culpa ou condutas de autodestruição.

Nesse sentido, é imprescindível que haja uma equipe capacitada a avaliar o caso concreto de forma a garantir o melhor interesse do menor. A participação de psicólogos assistentes sociais viabiliza uma análise minuciosa da denúncia para que seja apurada a realidade dos fatos, sem que haja o desnecessário rompimento do vínculo de convivência do pai com sua prole.

1.5 Comentários a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010

O termo síndrome da alienação parental (SAP) foi originalmente utilizado em 1985 pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner. Embora os primeiros registros do fenômeno remontem a década de 80, apenas em 2010 foi promulgada no ordenamento brasileiro legislação sobre o assunto. A Lei nº 12.318/2010 trouxe um rol exemplificativo de medidas a serem adotadas com o objetivo de coibir a prática dos atos de alienação parental.

O artigo 2º da referida Lei traz um rol exemplificativo de condutas que se amoldam a alienação parental. Contudo, se tratando do fenômeno, há a necessidade de correlacionar a conduta exemplificada a realização de perícia psicossocial por equipe interdisciplinar que inclui

²⁵AGUILAR, José Manoel. **Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um cônjuge para odiar o outro**, Apase. FEDERICI, Cristina (trad). São Paulo, 2005, p. 56-58.

médicos, psicólogos e assistentes sociais. Dessa forma, o magistrado terá um amplo conteúdo probatório para embasar sua decisão.

De acordo com o artigo 4º da Lei 12.318 é assegurado ao juiz determinar – a requerimento ou de ofício –, independente do momento processual que se encontre, medidas provisionais necessárias a preservação da integridade psicológica da criança e do adolescente. Tenta-se com isso, minimizar os danos a convivência familiar entre o genitor alienado e sua prole.

Ademais, o seu artigo 6º, conta com as possíveis soluções para a alienação parental. Caso as provas produzidas nos autos restarem comprovada a alienação parental, o magistrado deverá agir de forma a anular ou amenizar os efeitos já ocorridos. Frisa-se que o rol trazido no mencionado artigo é exemplificativo, podendo o juiz aplicar outras medidas que visem garantir ao menor a convivência familiar.

Impende ressaltar que o artigo 6º frisa a possibilidade de responsabilização civil decorrente da prática de atos de alienação parental. Nesse sentido, se faz necessária uma análise do instituto da responsabilidade civil, para posteriormente, correlacioná-lo ao direito de família, mais especificamente em casos de alienação parental.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1 Conceito e breve evolução histórica

Historicamente, verificou-se a tendência de o Direito moldar-se de acordo com as demandas sociais, adequando-se a sociedade afim de assegurar a justiça social e a resolução de conflitos inerentes as relações em grupo. O instituto da responsabilização civil sofreu inúmeras mudanças e adaptações, contudo, a essência ainda consiste na forma de busca da pacificação social por meio de normas e técnicas de solução de conflitos.

Sergio Cavaliere conceitua:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.²⁶

O referido autor preleciona que a responsabilidade advém da ideia de obrigação, encargo e contraprestação. No âmbito jurídico, o vocábulo está atrelado as condutas contrárias ao ordenamento e danosas a terceiros. Nesse sentido, havendo a violação do direito, há a posterior obrigação de reparar o prejuízo.

Ainda, segundo ensinamento de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, sofrido por um terceiro, sendo que a causa do dano decorre de um ato praticado por essa pessoa, por alguém por quem ela responde, por alguma coisa pertencente à pessoa, ou, ainda, por simples imposição legal.²⁷

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 02.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

De acordo com a Maria Helena Diniz²⁸, o termo “responsabilidade” deriva do latino *respondere*, de *spondeo*, o qual correspondia a antiga “obrigação contratual do direito quiritário romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta”. A definição remonta a ideia de que o termo responsabilidade, inicialmente, em nada se relacionava a compensação por um possível prejuízo, mas sim a concepção romana de responsabilidade.

No princípio, a ideia da responsabilização civil atrelava-se ao sistema de vingança privada. Esta, ocorria de forma imediata através do uso da força, sem quaisquer considerações ao elemento culpa, revelando-se um mecanismo autônomo, fruto da vontade social, no qual uma vontade de impunha a outra, prevalecendo a vontade do mais forte.

Tal mecanismo de solução de conflitos não possuía qualquer interferência do Estado, gerando condutas exacerbadas que em muitas vezes, ultrapassavam os meios necessários para a reparação do dano sofrido.

Conforme Alvino Lima:

A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.²⁹

Empenhado a contornar os efeitos negativos relativos a vingança privada, o Estado passou a reger as relações jurídicas ensejadoras de dano a partir da Lei de Talião, isto é, a “reparação do mal pelo mal”.

Se antes havia uma profunda desconsideração a proporcionalidade, sendo a vingança exercida de forma liberal pelo ofendido, a Lei de Talião desenhou os contornos da responsabilização, fazendo com que o agente ofensor respondesse exatamente por aquilo que fez. Ainda que regulada pelo Estado, não havia distinção entre o ilícito criminal e civil,

²⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

²⁹LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 19.

tampouco limitação aos efeitos da sanção, atingindo muitas vezes o patrimônio e a vida de terceiros que em nada se relacionavam a relação jurídica violada.

De acordo com Maria Helena Diniz, “para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou”³⁰.

Posteriormente, com o surgimento da Pena de Talião, observa-se a tendência de substituição do castigo físico e pessoal para uma reparação essencialmente patrimonial. Se antes a justiça era feita com "as próprias mãos", a Lei das XII Tábuas trouxe a compensação do dano, estabelecendo determinado preço para cada tipo de lesão.

A Lei das XII Tábuas revelou-se como uma profunda evolução, uma vez que a reparação do dano, antes exercida de forma privada e individual, tornou-se competência do Estado, que tomou para si a responsabilidade de gerir os conflitos oriundos da violação do dever ser.

Finalmente, a Lei Aquília, aprovada por meio de um plebiscito entre o final do século III e o início do século II a.C possibilitou ao titular de bem ou direito obter pagamento em quantia pecuniária a fim de reparar o dano a seus bens. A referida Lei trouxe consigo as primeiras noções de culpa, traduzindo-se como um dos princípios gerais da responsabilidade civil.

Segundo Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de *damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a arbitrar o dano à conduta culposa do agente.³¹

No âmbito jurídico brasileiro, inúmeros foram os estágios de desenvolvimento da responsabilidade civil. Como preleciona Carlos Roberto Gonçalves³², em um primeiro momento, o Código Criminal de 1810 - que se fundava na justiça e equidade -, condicionava a

³⁰DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

³¹Idem.

³²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

reparação civil à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.

O Código Civil de 1916, com projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, famoso jurista cearense, filiou-se a teoria subjetiva da responsabilidade civil. Esta, previa a obrigatoriedade de prova de culpa do agente causador do dano, presumindo-a apenas em determinados casos.

Mais tarde, o Código Civil de 2012, ainda que tenha mantido a teoria subjetiva da responsabilidade, passou a prever situações específicas onde há a obrigação de reparação de dano, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quanto a atividade desenvolvida pelo agente por si só, implicar risco para os direitos de terceiros.

Dessa forma, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro tenha como regra a prova da culpa, há também a adoção da teoria do risco, o que demonstra um sistema misto de responsabilidade civil.

2.2 Pressupostos

Inicialmente, importante ressaltar que não há unanimidade doutrinária acerca de quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil. Como já explicado, o ordenamento brasileiro adota um sistema misto, tendo, portanto, o elemento culpa presente em algumas modalidades de responsabilidade civil.

Segundo o artigo 186 do Código Civil de 2002, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”³³.

A obrigação de indenizar decorrente do ato ilícito encontra respaldo no artigo 927 do mesmo diploma, no qual aduz que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”³⁴.

³³ BRASIL. **Lei n. 10.406/2002 - Código Civil**. Publicada no Diário Oficial da União, de 11 de janeiro de 2002.

³⁴ Idem.

Como já explicitado, não há unanimidade doutrinária no que tange aos pressupostos da responsabilidade civil, contudo, em acordo com a doutrina majoritária, Sergio Cavaliere ensina:

Há primeiramente um elemento forma, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber:

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia";
- b) nexos causal, que vem expresso no verbo causar; e
- c) dano, revelado nas expressões "violar direito ou causar dano a outrem".³⁵

Carlos Roberto Gonçalves³⁶ destaca quatro pressupostos, classificados por ele como "elementos essenciais": ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima. Entretanto, frisa que "nosso direito admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco"³⁷.

Nesta baila, se faz necessária uma breve explicação dos pressupostos, individualmente, como forma de entender a ocorrência da responsabilidade civil e sua aplicabilidade nos eventos sociais.

2.2.1 Conduta humana

Segundo Maria Helena Diniz, a conduta é conceituada como

ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.³⁸

Como explicitado, o ato poderá ser comissivo - quando realizado a partir de uma ação -, ou omissivo, quando inobservado o dever de agir em determinadas circunstâncias. Este, pode

³⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷ Idem.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ser exemplificado através da obrigação do médico em prestar socorro, sob pena de responsabilização não só na esfera civil, mas também no âmbito penal.

No que se refere à licitude e ilicitude, observa-se que a responsabilidade de ato ilícito se baseia na ideia de culpa e a responsabilidade sem culpa, funda-se na teoria do risco, a qual trataremos adiante.

Ainda em análise a definição da autora, destaca-se também a conduta voluntária, fruto da vontade do agente e a inimputabilidade que se traduz a partir da consciência da ação, que é afastada nos casos de ausência de maturidade e sanidade mental.

Impende ressaltar os artigos 932 ao 938 do Código Civil, no qual preveem a responsabilidade civil indireta. Esta, ocorre quando o responsável pela reparação do dano é pessoa distinta da causadora direta da lesão. Dentre os exemplos, ressalta-se as situações de fato de animal ou quando o agente tem vínculo legal de responsabilidade com terceiro responsável pela lesão.

2.2.2 Nexo de causalidade

Para além da conduta, é necessário observar o nexos de causalidade entre essa e a lesão sofrida pela vítima. Como ensina Sergio Cavalieri Filho³⁹: “o nexos de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...)” “(...), mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal.”

Este elemento traduz-se como a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Neste sentido, para que exista a obrigação de indenizar, é imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente.

A doutrina brasileira apresenta algumas teorias relacionadas ao nexos de causalidade, tais como a teoria da causalidade adequada, teoria da equivalência aos antecedentes e teoria da causalidade direta ou imediata.

³⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

A teoria da causalidade adequada, considera que nem todas as condições são causas, mas tão somente aquelas mais apropriadas a provocar a lesão na vítima. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada.⁴⁰

Noutro plano, a teoria da equivalência aos antecedentes, também chamada de teoria da equivalência das condições, ou ainda, *conditio sine qua non*, é considerada toda e qualquer situação que tenha contribuído para a ocorrência do dano. Segundo entendimento majoritário, tal teoria é a aplicada pelo Código Penal Brasileiro - vide o artigo 13 do deste diploma -, contudo, há inúmeras críticas, uma vez que pode levar a uma regressão sem fim.

Na teoria da causa direta, ao contrário das mencionadas, é limitada apenas ao último antecedente fático determinante da conduta gravosa.

Não há unanimidade no que tange a da teoria adotada pelo Código Civil. Contudo, considerável parte da doutrina, envolvendo Sergio Cavalieri Filho e Caio Mário consideram a teoria da causalidade adequada como a aplicável ao ordenamento jurídico pátrio.

Diante dos inúmeros entendimentos doutrinários, Rui Stoco bem sintetiza:

Independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.⁴¹

Não obstante, Carlos Roberto Gonçalves⁴², pautado no artigo 403 do Código Civil, sustenta que a teoria adotada pelo ordenamento é a do dano direto e imediato.

2.2.3 Dano

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil**. vol. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

No que tange a responsabilização civil, a existência do dano mostra-se essencial, uma vez que não há dever de indenizar diante da ausência de lesão. De acordo com Maria Helena Diniz:

O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.⁴³

Como supramencionado, pode ocorrer o dano patrimonial ou extrapatrimonial. O patrimonial refere-se à diminuição ou destruição de um bem de valor econômico, enquanto o moral encontra-se intimamente ligado a dignidade humana, princípio máximo do ordenamento brasileiro.

Nesta perspectiva, Sergio Cavalieri preleciona:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais.(...) a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas – o médico difamado perde a sua clientela -, o que para alguns configura o dano patrimonial indireto.⁴⁴

Por fim, ressalta-se que o artigo 402 do Código Civil traz um desdobramento do dano patrimonial, prevendo a possibilidade de que a indenização abranja não o que foi perdido efetivamente, mas também o que se deixou de ganhar. Tais subdivisões denominam-se danos emergentes e lucros cessantes, e visam adequar a indenização à realidade fática do caso concreto.

2.3 Modalidades e classificações

Superados os pressupostos essenciais da responsabilidade civil, deve-se proceder a uma breve análise das espécies de responsabilização, sejam elas: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual e extracontratual. Tais subdivisões viabilizam a aplicação do instituto sob as mais

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43.

⁴⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

variadas perspectivas sociais, adequando a responsabilidade civil as demandas da sociedade moderna.

2.3.1 Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva, consagrada pelo Código Civil de 1916 e presente no atual Código, está prevista no artigo 186 deste diploma legal. A partir do dispositivo, é possível extrair os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, sejam eles: a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano.

Segundo Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, e por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil objetiva.⁴⁵

A admissão da modalidade no ordenamento brasileiro reitera a ideia da necessidade de comprovação da culpa em face dos atos praticados pelo agente, principalmente no que se refere à quantificação do *quantum* indenizatório.

2.3.2 Objetiva

Ao contrário da teoria subjetiva, onde só há a obrigação de reparar quando comprovada a culpa do agente, na teoria objetiva, o dever de indenizar surge independentemente de culpa. No ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva encontra-se normatizada no artigo 927 do Código Civil e artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo com os ensinamentos de Sergio Cavalieri,

[...] a influência de tal espécie de responsabilidade no ordenamento brasileiro veio "à luz na Itália, Bélgica, e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também

⁴⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora, amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art 931 e outros [...].⁴⁶

Neste caso, o dano é causado por uma atividade lícita que ainda que juridicamente legal, implica em perigo a terceiros pela sua simples atividade. É a chamada teoria do risco, que significa perigo e potencialidade de dano, compreendidos em eventos futuros e incertos, que devido independem de culpa para serem passíveis de indenização.

2.3.3 Pré-contratual

A responsabilidade civil pré-contratual é aquela decorrente de uma quebra de confiança entre os negociadores. Segundo Antônio Chaves:

[...] há responsabilidade pré-contratual quando ocorre a ruptura arbitrária e intempestiva das negociações contrariando o consentimento dado na sua elaboração, de tal modo que a outra parte se soubesse que ocorria o risco de uma retirada repentina, não teria tomado as medidas que adotou.⁴⁷

O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 427 a 435, vincula os negociantes desde a manifestação da vontade até a realização do negócio jurídico. Nesse sentido, há responsabilidade pré-contratual quando uma das partes desiste (independente de culpa) do negócio, ou age de forma desleal com a outra parte, contrariando a boa-fé objetiva, princípio indispensável no âmbito da realização dos negócios jurídicos.

A responsabilização pré-contratual gera o dever de negociação ética, observada a lealdade, probidade e respeitada a legítima expectativa de contratar, protegendo dessa forma os contratantes de eventuais danos.

2.3.4 Contratual e extracontratual

A responsabilidade civil contratual decorre do inadimplemento integral ou em parte de uma obrigação prevista anteriormente. A referida modalidade encontra-se amparada no artigo 389 do Código Civil e é norteadada pelo princípio da boa-fé objetiva nos contratos. Existindo uma

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

⁴⁷ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 208.

relação obrigacional constituída entre as partes, é essencial que os contratantes hajam com cautela de modo a evitar que o negócio jurídico seja frustrado.

Segundo Maria Helena Diniz:

Sendo o princípio da obrigatoriedade da convenção um dos princípios fundamentais do direito contratual, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. O ato negocial, por ser uma norma jurídica, constituindo lei entre as partes, é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou haja a escusa por caso fortuito ou força maior (CC, art. 393, parágrafo único) [...]. As obrigações devem ser, portando cumpridas; o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de modo completo, no tempo e lugar determinados no negócio jurídico, assistindo ao credor o direito de exigir o seu cumprimento na forma convencionada. O adimplemento da obrigação é a regra e o inadimplemento, a exceção [...].⁴⁸

Noutro plano, a responsabilidade civil extracontratual não exige o vínculo prévio entre o causador do dano e a vítima, mas sim um vínculo legal, que devido ao seu descumprimento, causa prejuízo. Ainda que as partes não tenham celebrado contrato entre si, há um ilícito decorrente do inadimplemento de um dever jurídico imposto pela lei.

Nos ensinamentos de Sérgio Cavaliéri:

Tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.⁴⁹

Por conseguinte, superadas as considerações iniciais acerca da responsabilidade civil, iremos analisar sua aplicabilidade no direito das famílias, e mais especificamente, em casos onde há a ocorrência de alienação parental.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263.

⁴⁹ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

3 O DANO MORAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição de 1988 trouxe consigo o princípio da dignidade humana como fundamento basilar da República Federativa do Brasil. Como preceitua Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁰

Nesse sentido, o indivíduo como elemento central do Estado e as garantias a ele atribuídas demandam uma reinterpretação do Código Civil conforme os princípios constitucionais e sua força normativa. Tal fenômeno, nomeado de Constitucionalização do direito civil, acabou por descentralizar o estudo do direito civil diante da necessidade de tutelar matérias diversas, passando a coexistir com o Código Civil estatutos como o da Criança e do Adolescente, Idoso, entre outros.

Diante desse novo cenário, o direito das famílias, antes puramente privado, passou a ser tutelado também pelo Estado, uma vez necessária a proteção individual de cada membro daquela estrutura familiar. Sobre o tema, explica Eduardo Leite:

A constitucionalização de um direito que se bastava a si mesmo e que, diante, da nova ordem constitucional foi compelido a rever posições, resgatar novas realidades, refazer sua sistemática de forma integral, adaptando-se à Constituição, sob risco de se anular pela flagrante e inquestionável inconstitucionalidade.⁵¹

É evidente que a evolução do Direito das Famílias e sua tutela pela Constituição da República conduziu a autonomia da pessoa diante do seu grupo familiar, não existindo qualquer prerrogativa doméstica ou privada a permitir que os direitos individuais inerentes à pessoa humana sejam desrespeitados.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. A recepção dos princípios constitucionais no novo direito de família codificado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, p. 173-184, jan./jun. 2005.

Nesse contexto, o dano moral, previsto no artigo 5º, V da Constituição da República, passa a ser uma possibilidade diante de violações a honra, personalidade, intimidade e imagem, que podem ocorrer no âmbito doméstico, inclusive nas relações entre pais, filhos, cônjuges e membros da entidade familiar.

Nos casos de alienação parental, é evidente o dano causado tanto para o genitor alienado quanto para o filho(a), contudo, é necessário entender de que forma a indenização poderia desempenhar sua função reparadora, vez que os prejuízos trazidos em tais situações são, muitas vezes, irreversíveis. Ainda, deve-se observar quais condutas são passíveis de indenização, considerando tratar-se de questões subjetivas não pacificadas nos tribunais e doutrinadores.

3.1 Dos argumentos que refutam a exclusão do dano moral no direito de família

Ainda que a constitucionalização do direito das famílias esteja intimamente atrelada a possibilidade de indenização em casos de violações à dignidade do indivíduo, como já mencionado em sessão anterior, a doutrina e jurisprudência não são uníssonas quanto ao cabimento de dano moral em relações familiares.

Parte da doutrina contrária as indenizações no âmbito familiar, entende pela impossibilidade de criação de laços de afeto mediante imposição jurídica. Para esses, trata-se de conceitos íntimos, pessoais e naturais, sendo provável que a monetização de tais valores gere o maior afastamento entre os envolvidos.

Farias e Rosenvald dispõem acerca da responsabilidade civil na seara familiar:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*.⁵²

Sob tal ótica, observa-se recente decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2018, na qual ficou decidido que a indenização à título de danos

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 164.

extrapatrimoniais em casos de abandono afetivo não alcança o fim a que se pretende, considerando que a convivência e o afeto devem ser sentimentos naturais, não passíveis de imposição, compensação tampouco punição. Senão, vejamos:

0389647-71.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO.

1ª Ementa

Des(a). MARIANNA FUX - Julgamento: 26/09/2018 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MATERIAL E MORAL POR ABANDONO AFETIVO. ALEGAÇÃO AUTORAL DE ABANDONO PATERNO COM A RUPTURA DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEUS GENITORES, QUANDO CONTAVA COM 6 ANOS DE IDADE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA CONDENAR O RÉU AO PAGAMENTO DE R\$ 3.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. APELAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. 1. Os elementos dos autos evidenciam, no caso concreto, afastamento entre o pai/réu e sua filha/autora, após a ruptura de união estável, que, consoante avaliação psicológica judicial, ocasionou severo sofrimento na demandante, com o qual, ao longo dos anos, aprendeu a lidar. 2. A temática da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo não se encontra pacificada na doutrina e jurisprudência pátria, sendo certo que a discussão se divide, basicamente, entre o reconhecimento do dever de indenizar pelo descumprimento do dever de cuidado, em casos excepcionalíssimos, pela 3ª Turma, e a impossibilidade de a falta de afeto constituir, por si só, ato ilícito, pela 4ª Turma. Precedentes: do REsp nº 1.159.242/SP- Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - Julgado em: 10/05/2012. REsp nº 1.579.021/RS - Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti - Quarta Turma - Julgado em: 19/10/2017. 3. O afeto se constitui, sem dúvida, como elemento essencial ao reconhecimento das novas modalidades de família, mas não se insere nos deveres inerentes ao sustento da prole, bem como na garantia ao filho de educação, lazer, convivência familiar e desenvolvimento saudável de ordem física e psíquica. 4. O dever de cuidado estabelecido em lei diz respeito à guarda, educação e sustento dos filhos, não constituindo a afetividade dever jurídico, sendo que apenas o descumprimento de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, configura ato ilícito e, portanto, passível de compensação pecuniária, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil. 5. Não cabe ao Poder Judiciário a imposição do afeto, o que não significa ignorar a dor que possa vir a ser suportada por filho pelo abandono praticado pelo pai, contudo, entendendo que a repercussão que o pai pode vir a sofrer na seara do Direito Civil deve se limitar à obrigação decorrente de prestação alimentícia ou à perda do poder familiar. 6. "A convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família. Não é - nem deve ser - o cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva)". (Resp nº 1.087.561 - Voto-vista Ministra Maria Isabel Galloti) 7. Ambas as partes confirmaram que a relação mudou bruscamente após a propositura da presente demanda, o que confirma a ideia de que as relações pessoais são complexas e não cabem em critérios objetivos, sendo cada indivíduo único e reagindo às circunstâncias da vida de acordo com suas idiossincrasias, traumas e histórias vivenciadas, sutilezas essas que jamais seriam alcançadas e valoradas no curso de uma ação judicial. 8. Não há como quantificar a dor decorrente da ausência de amor ou cuidado que deveriam ser inerentes à relação paternal, sendo certo que a fixação de indenização a título extrapatrimonial, além de não alcançar a finalidade precípua - compensatória -, de mesmo modo não atingiria o caráter punitivo-pedagógico, não encerrando o sofrimento ou reconstruindo a relação no julgamento da presente demanda. 9. As questões relativas ao dever do réu de prover materialmente as necessidades de sua filha devem ser discutidas em ação própria, sendo certo que, nos autos da ação de alimentos, foi proferida sentença homologatória (maio de 2014) de acordo entabulado entre as partes acerca de pensão alimentícia, abarcando,

portando, os danos de origem material e, dentre os gastos especificados, consoante os termos da petição inicial, encontra-se o valor da mensalidade da psicoterapia perseguido nesta ação, motivo pela qual mantém-se a sua improcedência. 10. Recurso da autora desprovido. Provimento do recurso do réu para julgar improcedentes os pedidos, condenando-se a demandante ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça.

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 26/09/2018 (*)

Ainda, atenta-se para as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo entre os anos de 2012 e 2013 que reiteram a impossibilidade de imposição do afeto nas relações familiares e indevida a indenização quando ausente a ilicitude do comportamento. Observo:

INDENIZAÇÃO MORAL Abandono afetivo Prova pericial indeferida Não interposição do recuso cabível Abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral Sentença mantida Recurso improvido” (TJSP Ap. Cível nº 0017141-95.2010.8.26.0482 - Presidente Prudente - 3ª Câmara de Direito Privado Rel. Beretta Silveira - j. em 15.05.2012). Indenização por Dano Moral Abandono Afetivo Pleito desacompanhado de indício de prova dos fatos Abandono afetivo que não enseja reparação pela via da responsabilidade civil Precedentes desta Corte e do STJ Recurso improvido” (TJSP Ap. Cível nº 9136857-85.2009.8.26.0000 Ubatuba 7ª Câmara de Direito Privado Rel. Luiz Antonio Costa - j. em 12.09.2012). Apelação Indenização por dano moral Alegado abandono afetivo Filhos em face da genitora Ausência de demonstração nos autos do alegado abandono afetivo Dano moral não caracterizado Precedentes desta Câmara e do STJ Sentença de procedência reformada Recurso Provido” (TJSP Ap. Cível nº 0302572-41.2009.8.26.0000 Ribeirão Preto 3ª Câmara de Direito Privado Rel. João Pazine Neto - j. em 16.04.2013).

Nesse sentido, preconiza Caio Mario Pereira:

O fundamento primário da reparação está, como visto, no erro da conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar.⁵³

Ante ao exposto, é notório que parte considerável da doutrina e jurisprudência entende que a convivência familiar, ainda que protegida por diversos diplomas legais, não pode ser obrigação sujeita a punição, vez que se trata de relação íntima e subjetiva.

Ocorre que, em casos de alienação parental, o afastamento entre genitor e a prole não se dá de forma natural e espontânea, mas sim por atos ilícitos cometidos por aquele que detém a

⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 3 Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 236.

guarda dos menores. Neste caso, não se trata de imposição de afeto, e sim da conduta ilícita por parte do alienador que acaba por gerar danos aos envolvidos.

Em que pese a possibilidade de reparação pecuniária por falta de afeto não esteja pacificada, é certo que a Lei de Alienação Parental traz um rol taxativo de condutas ilícitas sujeitas à punição na esfera civil.

Neste caso, necessária a análise dos parâmetros utilizados quando da caracterização da responsabilização civil em casos de alienação parental e principalmente, das situações que acabam por gerar danos aos envolvidos.

3.2 Das condutas passíveis de responsabilização

Ainda que não seja tema pacificado entre os doutrinadores, fato é, que há situações em que a responsabilização civil em litígios familiares é uma realidade no ordenamento jurídico.

Quando da ocorrência de ato ilícito indenizável no âmbito do direito das famílias, importante esclarecer a necessidade de produção de provas e da verificação de dolo ou culpa do ofensor, considerando tratar-se de responsabilidade subjetiva.

Para Caroline Buosi⁵⁴, a responsabilização do genitor alienador por seus atos é consequência de graves violações à dignidade humana e principalmente, ao direito de convivência familiar do menor. Para a autora, os danos morais oriundos da alienação parental “não se tratam de indenizar o abandono afetivo, ou seja, indenizar o desamor, mas sim de compensar a prática ilícita”⁵⁵.

Nota-se que o ressarcimento moral e material no direito das famílias visa, de uma maneira legal, restabelecer uma situação que deixou de existir e que merece amparo legal. Em seu artigo 2º, a Lei 12.318/10 de exemplifica alguns atos de passíveis de responsabilização civil e criminal. Senão, vejamos:

⁵⁴ BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁵ BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 124.

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 avós.

Nota-se que há um rol exemplificativo de condutas ilícitas aptas a ensejar responsabilização civil e criminal por parte do genitor alienador. Neste caso, vale ressaltar que aqui, não se fala acerca de imposição de afeto e sim de uma obrigação de não-fazer violada por um indivíduo.

Dentre os variados atos de alienação parental que passam pelo crivo do judiciário, estão, em sua maioria, a comunicação de falsos crimes, incluindo o abuso sexual contra os filhos, ao genitor alienado.

O laudo de assistente social citado em decisão judicial exemplifica a implantação de falsas memórias que acabam por gerar as falsas denúncias de abuso sexual. No parecer, há o relato de momentos vividos com criança envolvida em disputa judicial de guarda:

A pedido de Luíza, brincamos de “mãe e filha”; onde ela era “minha mãe” e eu a “filha dela”, durante a brincadeira ela me dizia que eu (a filha) teria que ser uma filha boazinha, se não ela (a mãe) iria morrer e “eu iria morar com uma família muito ruim. Seria a família do meu pai e que meu pai ia colocar o dedinho na minha bundinha e no meu xixi”. Após falar isto, ela me beijou e disse: “Não é verdade! É minha mãe Gislane que me diz isto quando eu não obedeco”. E mudamos a brincadeira.⁵⁶

As falsas denúncias de abuso sexual são corriqueiras no judiciário brasileiro, e geram a maioria dos casos de indenização decorrente de atos de alienação parental. Vejamos:

⁵⁶ Agravo de Instrumento n.º 70014814479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Maria Berenice Dias, Julgado em 07/06/2006.

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE FAMÍLIA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PLEITO AUTURAL. FALSA DENÚNCIA DE ABUSO SEXUAL COMETIDO PELO PAI CONTRA A FILHA MENOR FEITA PELA AVÓ MATERNA. PROVAS DA DENÚNCIA INVERÍDICA FEITA À CPI DA PEDOFILIA DO SENADO FEDERAL, À AUTORIDADE POLICIAL E À DIREÇÃO DA ESCOLA ONDE ESTUDAVA A CRIANÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PROPÓSITO DE CAUSAR PREJUÍZO. ABUSO DE DIREITO. ESTUDO DE CASO CONDUZIDO POR PSICÓLOGA E ASSISTENTE SOCIAL QUE COMPROVA A CONDUTA DA RÉ E A INEXISTÊNCIA DOS FATOS APONTADOS PELA APELADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR (ART. 186 C/C 927 CC). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SENTENÇA QUE DEVE SER REFORMADA. SUCUMBÊNCIA EM DESFAVOR DA APELADA. HONORÁRIOS EM VALOR CERTO FIXADOS CONFORME ART. 85, § 8º C/C § 16º CPC/15. RECURSO PROVIDO. (TJ-RJ - APL: 00974293920128190002 RIO DE JANEIRO NITEROI 4 VARA DE FAMILIA, Relator: CRISTINA TEREZA GAULIA, Data de Julgamento: 26/04/2016, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/05/2016)

DANO MORAL. CALÚNIA. ACUSAÇÃO DE PRÁTICA DE CRIME SEXUAL PELO AUTOR CONTRA SEUS FILHOS. REQUERIDA QUE ADMITE TER FEITO TAL AFIRMAÇÃO, LEVANDO O FATO AO CONHECIMENTO DE TERCEIROS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA VERACIDADE DA IMPUTAÇÃO. OCORRÊNCIA DE ABALO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. RECURSO DESPROVIDO.

(Recurso Cível n.º 71002402675, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais do RS, Relator Eugênio Facchini Neto, Julgado em 29 de abril de 2010.)

APELAÇÃO CÍVEL – Ação de indenização fundada em alienação parental e em ação penal de denúncia caluniosa – Sentença de procedência – Insurgência da ré, alegando ter ocorrido prescrição quanto ao pleito de danos morais e materiais, e, no mérito, que agiu dentro do dever de mãe ao dar voz às acusações feitas pela sua filha menor. Alternativamente, alega que não restou comprovado o dano moral experimentado pelo autor, e que não são devidos honorários contratuais a títulos de danos materiais – Desprovemento – Aplicação do artigo 200 do Código Civil no tocante à prescrição – No mérito, a dilação probatória em ambas as ações é robusta no sentido comprovar que a ré é responsável pelas falsas acusações imputadas ao autor – Hipótese de dano moral presumido – Honorários contratuais passíveis de serem ressarcidos via dano material – Recurso desprovido, sentença mantida.

(Apelação 1004420-60.2016.8.26.0005 SP 100442060.2016.8.26.0005, 2ª Câmara de Direito, Relator José Carlos Ferreira Alves, Julgado em 17 de outubro de 2018)

Em relatoria do Recurso Cível n.º 71002402675 supracitado, Eugênio Facchini Neto pondera que:

A ocorrência do dano moral não está condicionada ao conhecimento por terceiros dos fatos atentatórios à moral do autor. Configura-se o dano quando violados os direitos da personalidade, afrontando a dignidade da pessoa humana. Está caracterizado quando presente a angústia, o abalo psicológico, a dor moral. Desnecessário que o fato se torne de conhecimento geral. Ressalte-se que não é o caso de se diferenciar honra objetiva e subjetiva, necessária na esfera penal para configuração do delito de calúnia. De qualquer sorte, há informações por parte do autor de que a notícia do fato se espalhou na comunidade e, especialmente, dentre os familiares do autor. Evidente, assim, o abalo à moral do autor. Se assim não o fosse, não creio que registraria ocorrência policial nem viria ao Judiciário abalando sensivelmente a relação familiar.

Observa-se que em casos de falsas denúncias de abuso sexual, o dano não se restringe à esfera familiar, estando o genitor alienado exposto em todos os âmbitos de sua vida. A acusação de abuso sexual transforma o genitor acusado em um “monstro” perante a família, trabalho e principalmente a sociedade, causando sentimento de tristeza, angústia e humilhação, além do abalo de sua moral por crime que jamais cometeu.

Salienta-se que o direito à indenização se estende aos filhos, uma vez violados os deveres inerentes à convivência familiar. A ausência de afeto, suporte emocional, material ou psicológico afetam profundamente o desenvolvimento e a formação da criança e do adolescente, tratando-se, portanto, de condutas ilícitas aptas a ensejar reparação por parte do alienante.

Este é o entendimento de Silvio de Salvo Venosa ao lecionar que:

A matéria fica ainda mais delicada quando se trata de proteção ao direito e à personalidade de filhos menores. Assim, sustenta-se modernamente, com razão, que ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material, como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do progenitor com relação ao filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nesse diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano. É evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou se fará nascer o amor e o afeto. Cuida-se, como enfatizamos, de mero lenitivo, com as conotações que implicam uma indenização por dano moral.⁵⁷

Ainda, artigo 3º da Lei de Alienação Parental traz a figura do abuso moral, que se caracteriza por um conjunto de condutas agressivas e repetitivas, de forma a violar a integridade psíquica e moral da vítima.

Neste sentido, há decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 2009 que relata que as condutas de um pai alienador podem gerar danos, tanto no outro genitor quanto no filho, podendo estes pretender indenização. Vejamos:

E, neste sentido é que decidiu a i. Sentenciante, Dra. MARIA CECÍLIA FAULIN DOS SANTOS RESCHINI, perseguindo-se o bem estar da menor, independente das opiniões e pareceres em contrário, e ao que se acrescenta que, a persistir a renitência paterna, eventualmente podem ser aplicadas outras/espécies de punição, até as mais graves, como a inversão da guarda e a prisão do alienador, por se constituir sua

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 286.

conduta em evidente tortura mental, em primeiro lugar à criança e em seguida a qualquer das pessoas alienadas por sua conduta, sem contar a possibilidade destes de pretenderem indenização por dano moral. **Apelação Cível n.º 0324321-17.2009.8.26.0000**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça de SP, Relator Caetano Lagrasta, Julgado em 16/12/2009

Nesta baila, aponta Caetano Lagrasta Neto:

É evidente e de todo necessário a possibilidade de ressarcimento por dano moral, uma vez demonstrado o nexo de causalidade entre a atitude do alienante e os prejuízos morais, por abalo psíquico – incluído o da criança ou do adolescente. Há de se cogitar ademais de danos materiais, tais como omissão a dados essenciais ao alienado ou à formação educacional e profissional da criança ou do adolescente etc.⁵⁸

Portanto, ainda que parte importante da doutrina entenda pela impossibilidade de responsabilização civil no âmbito familiar, é indiscutível que em muitos dos casos, não se trata – frisa-se - de imposição de afeto, e sim de condutas ilícitas praticadas que geram tristeza e sofrimento tanto para o genitor alienado quanto para a prole. Neste caso, preenchidos os pressupostos da responsabilização civil, devida a indenização.

3.3 Dos valores fixados pelos tribunais

Diante ao exposto, fica claro que o cabimento de indenização por danos extrapatrimoniais no direito das famílias é fenômeno relativamente novo e de aplicação recente nos Tribunais. Tal afirmação baseava-se no fato de que anteriormente, não havia legislação específica aplicável – como por exemplo, a Lei 12.318/10 -, bem como na dificuldade que os magistrados encontravam na quantificação do dano.

Como já demonstrado em alguns julgados, atualmente é possível a responsabilização civil decorrente de atos de alienação parental. Ocorre que, nessa, diferentemente da lesão patrimonial, não é possível retornar ao *status quo*.

Em regra, a indenização por dano moral é pecuniária, contudo, a legislação é omissa em termos de valores, devendo o magistrado se ater ao caso concreto, arbitrando o valor que julgar adequado à situação e observando, sobretudo, a dupla função da reparação: a compensatória do dano experimentado pela vítima e a punitiva referente ao alienador.

⁵⁸ LAGRSTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 154.

A função compensatória objetiva amenizar o dano de maneira a minimizar suas consequências e satisfazer a vítima com uma quantia econômica, que servirá como consolo pelo dano suportado. A função compensatória da reparação pelo dano moral suportado não guarda relação de equivalência absoluta com o dano, até mesmo em virtude do seu caráter não-econômico, sendo impossível a quantificação de maneira exata, como já mencionado anteriormente.

De acordo com Maria Helena Diniz:

Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência⁵⁹

Noutro plano, a função punitiva objetiva repreender o agente causador do dano, de modo que a consequência de sua conduta seja mais gravosa do que o proveito auferido por ela. Trata-se de uma punição com caráter pedagógico visando educar o ofensor para que o comportamento não se repita.

Como ensina Sérgio Cavalieri:

Não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.⁶⁰

Deve-se frisar que a omissão legislativa quanto a quantificação do dano moral acaba por gerar um arbítrio ao magistrado, que em tal posição, utiliza uma série de fatores ao fixar a indenização pretendida. Tal situação, se recorrente nos tribunais, pode levar a uma insegurança jurídica, uma vez ausente a padronização das quantias indenizatórias. Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves:

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor.⁶¹

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil - Responsabilidade Civil**. 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 91.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

Diante da dificuldade, Yussef Said Cahali, em seus estudos, traz um parâmetro a ser seguido pelos magistrados:

A falta de indicação do legislador, os elementos informativos a serem observados nesse arbitramento serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo a credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitem para os demais casos. Convertida a questão pertinente à concorrência de culpas em matéria de indenização na fixação do dano resultante da morte de pessoa da família comportam ser generalizadas.⁶²

Ainda, Sílvio de Salvo Venosa nos explica que:

Há que se levar em conta, por outro lado, além da situação particular de nosso país de pobreza endêmica e má e injusta distribuição de renda, que a indenização não pode ser de tal monta que acarrete a penúria ou pobreza do causador do dano, pois, certamente, outro problema social seria criado. Os julgados devem buscar o justo equilíbrio no caso concreto. O dano mora, mormente o que traz reflexos psicológicos, pode ser maior do que a vítima supõe ou menor do que ela acredita. Se nem mesmo a própria vítima, frequentemente tem condições de avaliar seu dano, o que se dirá de terceiros que a julgarão.⁶³

Neste caso, deve-se levar em conta o dano e a culpa, juntamente à gravidade, extensão e repercussão da ofensa, além da intensidade do sofrimento acarretado à vítima. Conforme pondera Diniz:

A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado”, quem em análise ao caso concreto deverá estabelecer um valor pautado na razoabilidade e proporcionalidade, não sendo ínfimo a ponto de não cumprir com o caráter punitivo da indenização nem exacerbado a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito da vítima.⁶⁴

Isto posto, analisaremos em seguida o voto da ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que arbitrou a quantia de R\$ 200.000,00 à título de indenização por danos morais em situação envolvendo abandono afetivo.

⁶² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 705.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil - Responsabilidade Civil**. 7º vol. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99-100.

4 DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

4.1 Do cabimento da indenização por dano moral

Como já visto nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988, respaldada em legislações infraconstitucionais, regulamentou direitos e deveres de pais, filhos e familiares, apoiados, sobretudo, na dignidade da pessoa humana. Desta forma, garantiu aos filhos a proteção integral ao afeto, dedicação e atenção dos genitores, fixando estes valores como deveres inerentes as condutas parentais.

Na visão de Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] a transferência de valores com a inserção do filho na vida social ocorre por meio da convivência e do afeto. E o exercício da função paterna nunca poderá estar atrelado, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais do filho. A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro.⁶⁵

Diante desta realidade, inúmeras vítimas de imbrólios familiares, vem recorrendo ao judiciário com o objetivo de pleitear, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da convivência familiar, a reparação cível por seus genitores sob alegação de dano psíquico oriundo da privação do convívio familiar ou de danos causados por determinadas condutas parentais.

Como visto nos capítulos anteriores, a possibilidade de responsabilização civil no âmbito do Direito das Famílias não é tema pacificado na doutrina e jurisprudência, contudo, fato é que a “afetividade jurídica” vem se tornando ponto de importante debate no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se trata de um bem tutelado constitucionalmente.

É inegável que o tema do Direito das Famílias traga consigo uma infinidade de situações fáticas que demandem as mais variadas soluções no caso concreto – o que dificulta a padronização e fomenta sua discussão -, porém, a relevância atual do assunto demonstra uma tendência social importante: a valorização e centralização do ser humano.

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006, p. 674.

Foi nesse contexto que o Recurso Especial No 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), que teve por relatora a ministra Nancy Andrighi, julgado em 24 de abril de 2012, condenou um pai ao pagamento de indenização no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à filha, em virtude de abandono afetivo em sua infância.

O voto emblemático envolvia uma situação em que uma filha extrapatrimonial demandava contra o pai biológico, que após anos de abandono afetivo, ainda que tenha lhe prestado assistência material através do pagamento de alimentos, jamais tentou qualquer aproximação paterno-filial.

Narrava a Autora que devido ao abandono sofrido durante toda sua infância e adolescência, sofreu danos irreparáveis e dessa forma, pugnava pela indenização extrapatrimonial.

Em um primeiro plano, a ministra relatora não deixou quaisquer dúvidas acerca do cabimento de indenização na relação intrafamiliar. Nancy Andrighi esclareceu que ainda que muitos se baseiem na singularidade das relações familiares para negar a possibilidade de indenizar os danos provenientes do descumprimento das obrigações parentais, não existem limitações as regras de responsabilização civil no direito das famílias.

De acordo com o voto da Ministra:

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.⁶⁶

O entendimento da Ministra se coaduna a grandes estudiosos como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Gisela Hironaka, Maria Celina Bodin, dentre outros, que admitem a reparação civil em situações envolvendo o Direito das Famílias.

Para Maria Celina Bodin:

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 01, Ementa da Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília (DF). Data do julgamento: 24 abr. 2012, p. 04.

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados, mas, sim, os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para proteção da vítima. Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado. Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei.⁶⁷

Wladimir Paes de Lira, traz um ponto de vista importante acerca da reparação civil por abandono afetivo: o fomento a paternidade responsável. Segundo o autor:

O dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente.⁶⁸

Deste modo, a próxima seção trará uma análise pormenorizada dos elementos necessários a caracterização do dano, sob a perspectiva do voto da Ministra Nancy Andrighi.

4.2 Dos elementos necessários a caracterização do dano moral

As relações familiares são caracterizadas pelos laços sentimentais entre seus membros, gerando vínculos e uma série de valores e sentimentos a serem respeitados e tutelados pela sociedade como um todo, baseando-se sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

Mais especificamente em uma relação parental, a criança e o adolescente devem crescer em um ambiente saudável, protegido de toda forma de negligência e amparados de maneira a desenvolver-se de modo satisfatório. Como leciona Madaleno:

[...] mostram a lógica e o bom-senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto dos seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos. Pouco importa sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais a obrigação de exercerem sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole, mesmo que um filho “só crescerá de forma saudável,

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005, p. 54-55.

⁶⁸ LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e um perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro**. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 550.

através das salutares construções que importam na ausência de rupturas dos vínculos socioafetivos.⁶⁹

Nesta baila, considerando a crescente afetividade jurídica, isto é, a judicialização das relações interpessoais, cresce a necessidade de uma análise pormenorizada de valores, princípios, direitos fundamentais, da personalidade, regras constitucionais, da responsabilidade civil e do direito de família com o intuito de compreender amplamente todos os aspectos inerentes a tais relações.

O voto da Ministra Nancy Andrighi ressalta que em casos em que a responsabilidade civil nasce dentro de um contexto familiar, há de se observar algumas particularidades. Enquanto a responsabilidade civil objetiva se limita ao preenchimento de três requisitos essenciais bem delineados— dano, culpa do autor e nexa causal -, as relações familiares possuem trâmites e conexões tão complexas que acabam por dificultar a identificação dos elementos caracterizadores do dano.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo auto imposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.⁷⁰

Isto é, ainda que o relacionamento entre pais e filhos seja respaldado em elementos subjetivos e que seja improvável que se possa identificar perfeitamente os elementos caracterizadores do dano moral, há um mínimo esperado da conduta parental, um dever irrenunciável de todo pai, seja ele biológico ou adotivo, que decorre da simples existência do vínculo entre as partes.

Neste caso, são inúmeros os dispositivos legais - como o artigo 227 da Constituição Federal e a Lei 8.069/90, por exemplo -, que atribuem a família obrigações que transcendem o ponto de vista material, prevendo o dever de educar, bem como respeitar, cuidar e primar pelo desenvolvimento saudável e afetivo da criança e do adolescente, além da assistência afetiva, moral e psíquica dos pais.

⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 01, Ementa da Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília (DF)**. Data do julgamento: 24 abr. 2012, p. 04.

Logo, segundo entendimento da Ministra, uma vez inadimplidos os deveres básicos esperados dos pais, é direito da criança ou do adolescente lesado pleitear a indenização junto ao poder judiciário com vista a amenizar os danos suportados.

Para Cláudia Maria da Silva, o direito de assistência e convivência familiar passa a ser um importante direito dos filhos e a responsabilidade civil, um importante mecanismo para coibir a omissão dos pais. Vejamos:

Em contrapartida à relevância e imperiosidade da garantia e preservação do dever de convivência, na acepção ampla, como ora defendido, tem-se que o descumprimento deste dever importa em sérios prejuízos à personalidade do filho. Isso autoriza a imediata efetivação de medidas previstas nos diplomas legislativos pertinentes na tutela dos interesses da filiação e decorrentes da responsabilidade civil dos pais para com os filhos, sobretudo a condenação do pai pelos danos causados, como já se faz presente em nossa jurisprudência⁷¹

Nesse sentido, a próxima seção analisará o conceito de ilicitude e culpa sob o olhar do Direito das Famílias.

4.2.1 Da ilicitude e da culpa

No que tange a culpa, Nancy Andrighi traz uma reflexão acerca do que seria uma conduta ilícita, e o que caracterizaria uma negligência capaz de ensejar prejuízo a terceiro, vez que até pouco tempo, discutia-se tão somente quanto as obrigações alimentares entre pais e filhos.

É de senso comum que as necessidades básicas de uma criança não mais se limitam a itens como abrigo, alimentação e saúde, demandando uma infinidade de elementos igualmente necessários a uma formação adequada e sadia. Frisa-se que não se trata de luxo, tampouco de itens supérfluos, mas sim de educação, lazer, atenção e cuidados que em geral, são indispensáveis ao bom desenvolvimento emocional e físico da criança e do adolescente.

⁷¹ SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho.** *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago-set. 2004, p.123.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi utiliza-se de rica argumentação no sentido de que para a formação do menor, é vital possuir uma referência, um acolhimento familiar, de modo que a criança se sinta segura ao enfrentar os desafios que lhe são impostos pela vida. A relatora cita Tânia da Silva Pereira em sua fundamentação. Senão, vejamos:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana. Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser descuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).⁷²

O protagonismo dos pais na formação dos filhos é unanimidade entre estudiosos do assunto, e atualmente, não há dúvidas de que o cuidado essencial a formação de adultos sadios, tem relação estreita com o afeto, a atenção e a educação dada pelos pais durante a infância.

Como explica Cláudia Maria da Silva:

Do nascimento a fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da autoestima, do senso de moralidade, de responsabilidade, empatia e de outros tantos aspectos ligados a formação da personalidade. [...] A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada ou abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade.⁷³

Neste caso, tem-se o cuidado como bem jurídico essencial, elevando-o ao patamar dos elementos básicos ao desenvolvimento sócio psicológico da criança. Sobre o tema, Nancy afirma:

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 07. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309.

⁷³ SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos a personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, N. 25, ago./set.2004, p. 122-147.

de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.⁷⁴

É certo que o afeto é espontâneo, sendo impassível de imposição jurídica. Também não há dúvidas que há uma linha tênue entre o amor e o cuidado, entretanto, a relatora frisa que não se trata de impor uma afetividade, e sim, de honrar um compromisso assumido voluntariamente pelas pessoas ao adotarem ou gerarem um filho.

De acordo com os ensinamentos da relatora, o cuidado, ao contrário do amor desmedido, involuntário e espontâneo, é marcado por um único objetivo: ações concretas e pontuais que possam se reverter em favor da prole. Como bem sintetiza Nancy Andrichi: “...amar é faculdade, cuidar é dever”.

Outro ponto importante analisado diz respeito a questão das possíveis excludentes de ilicitude que devem ser ponderadas pelo magistrado no caso concreto. Dentre os exemplos trazidos no voto – divórcio, separações temporárias, constituição de novas famílias, entre outros -, frisa-se os casos de alienação parental, assunto amplamente debatido na presente monografia.

Deve-se observar que há inúmeros casos em que a alienação parental é fator determinante para que ocorra o afastamento do genitor de sua prole, uma vez que buscando cessar os conflitos, o pai muitas vezes acaba afastando-se do núcleo familiar.

Nas palavras de Giselda Hironaka:

Pode acontecer de se configurarem hipóteses de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor-guardião que, muitas vezes, confundindo os papéis paternais com os conjugais, acaba por afastar o genitor não-guardião do convívio com os filhos. Assim, isto pode se dar, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.⁷⁵

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 01, Ementa da Relatora Ministra Nancy Andrichi, Brasília (DF). Data do julgamento: 24 abr. 2012, p. 07.

⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. BuscaLegis, s/d, online.

Importante ressaltar que embora as situações mencionadas tenham o condão de relativizar a avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais a sua prole, a situação deve ser analisada com cautela. Não há dúvidas de que o genitor/alienante está sujeito a mudanças sociais que podem afetar seu relacionamento com os filhos, contudo, estas não são capazes de retirar plenamente a responsabilidade parental por ele assumida, uma vez que as necessidades do menor são uma constante. Sobre o assunto, a Ministra afirma:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.⁷⁶

Nesse sentido, a relatora não deixa dúvidas de que a negação do cuidado ao menor caracteriza um ato ilícito sujeito a reparação, devendo o magistrado se ater ao caso concreto no sentido de identificar possíveis excludentes de ilicitude.

4.2.2 Do dano e do nexa causal

Uma vez estabelecido que a ausência de cuidado é um ilícito passível de responsabilização, é fundamental estabelecer a existência de dano e do nexa causal para posterior indenização.

Em um primeiro momento, deve-se observar o ponto mais exposto e central de todo o conflito familiar: a criança ou o adolescente. É necessário analisar com cautela se houve lesão aos direitos da personalidade, de que forma estes ocorreram, e se a situação seria passível de indenização ou não.

Segundo Nancy Andrichi, a forma mais simples de constatar a ocorrência do dano é a partir da formulação de laudo por especialista que constate patologia que tenha origem no descuido, em todo ou em parte, de um dos pais.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 01, Ementa da Relatora Ministra Nancy Andrichi, Brasília (DF). Data do julgamento: 24 abr. 2012, p. 10.

Contudo, é importante ressaltar que não só o laudo é determinante na constatação do dano. O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente garante as crianças condições de criação plena, as pondo a salvo de quaisquer tratamentos desumanos, violentos, aterrorizantes, vexatórios ou constrangedores. Desta forma, ainda que o abandono em si não gere uma doença ou síndrome capaz de ser atestada por laudo elaborado por especialista, fato é que as situações enfrentadas por si só, são capazes de gerar o dano, uma vez que o abandono do genitor isoladamente, já é uma situação que certamente gerará traumas para uma vida inteira, jamais podendo ser tratada como mero dessabor.

Neste ponto, assevera Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.⁷⁷

Para a Relatora, no caso concreto, alguns exemplos de danos que transcendem os atestados por laudos de especialistas:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.⁷⁸

Desta forma, não há dúvidas acerca do entendimento do Tribunal Superior de Justiça no que tange a possibilidade de responsabilização civil decorrente das relações familiares. A Ministra Nancy Andrighi, de forma coerente e embasada argumentou no sentido de que o

⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. BuscaLegis, s/d, online.

⁷⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 01, Ementa da Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília (DF)**. Data do julgamento: 24 abr. 2012, p. 11.

cuidado é uma obrigação irrenunciável do genitor, devendo o mesmo ser punido caso deixe de arcar com as responsabilidades intrínsecas aqueles que adotam/geram uma criança.

Nesse sentido, não houve qualquer modificação no que se refere ao cabimento da indenização, tendo o Superior Tribunal de Justiça realizado apenas uma redução do valor arbitrado pelo Tribunal de origem, que passou de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

4.3 Da repercussão do julgado

Com o julgamento do REsp nº 1.159.242 – SP, em abril de 2012, o Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente ao cabimento de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo.

Contudo, a decisão não foi suficiente para convencer a integralidade dos tribunais do Brasil, que reiteradamente vem decidindo de forma contrária ao cabimento de indenização em lides envolvendo o direito de família. Usaremos como base algumas das decisões proferidas no último ano (maio/2018 até maio/2019), nos Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais e São Paulo, que traziam em sua ementa o termo “abandono afetivo”.

Em apelação julgada em 30 de agosto de 2018 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Desembargador Márcio Idalmo Santos Miranda julgou improcedente ação de indenização por dano moral, com fulcro em abandono afetivo sob os seguintes termos:

Relator(a): Des.(a) Márcio Idalmo Santos Miranda

Data de Julgamento: 30/08/2018

Data da publicação da súmula: 14/09/2018

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL
RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ALEGAÇÃO
DE **ABANDONO AFETIVO** POR PARTE DE GENITOR - CONDUTA ILÍCITA
DO RÉU - NÃO CONFIGURAÇÃO - PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO
NÃO PROVIDO.

- A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por **abandono afetivo** exige detalhada demonstração do ilícito civil, cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro (STJ, REsp n.º 1.493.125/SP).

Em junho do mesmo ano, ainda no TJMG, a Desembargadora Saldanha Fonseca negou provimento à apelação – que também pleiteava indenização por abandono afetivo – considerando que não demonstrado os três elementos essenciais a responsabilidade civil, inviável a condenação em danos morais. Vejamos:

Relator(a): Des.(a) Saldanha da Fonseca

Data de Julgamento: 27/06/2018

Data da publicação da súmula: 05/07/2018

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - **ABANDONO AFETIVO** - DANO MORAL E MATERIAL - NÃO COMPROVAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO DO DESFCHO DE ORIGEM. Alegação genérica dos filhos de abalo psicológico decorrente de **abandono afetivo** pelo pai não amparado em elementos concretos de prova inibe o acolhimento de tutela indenizatório. A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também vem negando o cabimento de indenização decorrente de abandono afetivo em reiteradas decisões. Segundo o Desembargador Vito Guglielmi, em apelação julgada em 11/02/2019, o fato de o genitor não possuir o comportamento esperado pelo filho, não gera obrigação de indenizar:

Classe/Assunto: Apelação Cível / Indenização por Dano Moral

Relator(a): Vito Guglielmi

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 11/02/2019

Data de publicação: 11/02/2019

Data de registro: 11/02/2019

Ementa: INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. ALEGADO **ABANDONO AFETIVO** DO PAI COM RELAÇÃO A SEU FILHO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL DO RÉU DE TER O COMPORTAMENTO PRETENDIDO PELO AUTOR. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Em seu voto, o Relator alega ausência de comportamento ilícito, visto que no caso concreto, o afastamento entre pai e filho ocorreu em razão dos conflitos entre os genitores. Ademais, sustenta pela inexistência de ato ilícito no não cumprimento do comportamento desejado pelo Autor. Vejamos trechos da fundamentação:

Posta assim a questão, cumpre consignar, por primeiro, que, ainda que se admita ex hypothesi - que o requerido não dispensou a atenção necessária ao requerente, ao menos aquela que se esperaria de um pai presente, tal fato não autoriza qualquer

indenização. A inicial relata dissabores que, conquanto indesejáveis, são comezinhos em situações análogas, de modo que o afastamento entre pai e filho foi decorrente, ao que se colhe dos autos, dos conflitos existentes entre os genitores do autor. [...]. De mais a mais, revela-se ausente ao menos um dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil, qual seja, a ilicitude do comportamento. Inexiste, com efeito, obrigação legal do réu de ter o comportamento desejado pelo autor.

Observa-se também que os tribunais não têm considerado a ausência de cuidado como causa suficiente para gerar a indenização por danos morais. Em apelação que teve como relator o Desembargador Araldo Telles, no TJSP, ficou decidido que a ausência do genitor, por si só, não é capaz de ensejar o direito a compensação pecuniária. Vejamos:

Classe/Assunto: Apelação Cível / Indenização por Dano Moral

Relator(a): Araldo Telles

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 13/11/2018

Data de publicação: 30/11/2018

Data de registro: 30/11/2018

Ementa: em Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Abandono afetivo filial que constitui ato ilícito, em razão da não observância do dever de convivência. Hipótese em concreto, entretanto, em que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre os alegados danos psicológicos e ausência do genitor. Recurso desprovido.

Para o Relator, não restou demonstrado nos autos que o afastamento do genitor tenha gerado danos de ordem psíquica. Neste caso, ainda que ocorrido o total abandono, é necessário a comprovação que esse descuido tenha gerado sentimentos que superem o sentimento de abandono, rejeição e tristeza. Vejamos:

É certo que a ausência do pai trouxe tristeza, sentimento de rejeição e mágoas; entretanto, não se nota dos autos que lhe tenha trazido sofrimento intenso, traumas ou mesmo dor excessiva o suficiente para gerar direito à indenização por danos morais. Em outras palavras, não se olvida que a situação porque passou a apelante tenha sido anormal e determinante para a formação de sua personalidade, mas não há desenho de que tenha transbordado para um sofrimento excessivamente superior ao que comportam casos análogos.

Sendo assim, da análise realizada na jurisprudência dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo, nota-se uma tendência a rejeição do cabimento de responsabilização civil nos casos de abandono afetivo. Logo, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha decidido de modo favorável a compensação pecuniária, conclui-se que ainda há um longo caminho até a pacificação do cabimento ou não das indenizações no Direito das Famílias.

CONCLUSÃO

Diante ao exposto, algumas reflexões são necessárias acerca do tema abordado no presente estudo.

Primeiramente, deve-se reconhecer que a prática dos atos de alienação parental prejudica substantivamente as relações de afeto entre a criança e o genitor, ferindo direitos fundamentais como o da convivência familiar saudável e o do melhor interesse da criança e do adolescente. A prática, constitui abuso moral e pode gerar sequelas que acompanharão o menor por toda a vida, prejudicando sua saúde física, mental e psíquica.

A Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, delimitou de forma exemplificativa tanto as hipóteses de ocorrência da alienação parental, quanto as medidas a serem impostas pelo magistrado, possibilitando inclusive, a responsabilização civil decorrente dos atos de alienação parental.

Ressalta-se que embora a referida lei tenha trazido de forma explícita a possibilidade de indenização pecuniária diante de violações no âmbito do Direito das Famílias, anteriormente, a Constituição de 1988 já havia positivado o princípio da dignidade humana como norteador dos demais textos normativos. Dessa forma, já haviam garantias no que tange a possibilidade de indenização em casos de violações a honra e personalidade.

Nesse contexto, o indivíduo, ainda que dentro de uma relação familiar, passou a ser tutelado pelo Estado, não havendo qualquer prerrogativa doméstica apta a relativizar seus direitos e garantias.

Ocorre que, não obstante a possibilidade de reparação civil esteja prevista na Lei de Alienação Parental e na própria Constituição Federal de 1988, observou-se que não há pacificação na doutrina e jurisprudência acerca do cabimento de indenização pecuniária em lides envolvendo o Direito das Famílias.

Da pesquisa bibliográfica realizada no presente estudo, constatou-se que parte da doutrina contrária ao cabimento do dano moral no Direito das Famílias entende se tratar de relações íntimas e subjetivas, não sujeitas a imposição jurídica. Assim, ausente a conduta ilícita, não haveria por que se falar em indenização pecuniária.

Ainda, em pesquisa jurisprudencial onde constava na ementa os termos “dano moral” e “direito de família”, grande parte das decisões negaram provimento aos recursos, entendendo pelo não cabimento de indenização por dano moral. Nestas, há um entendimento quase unânime entre os magistrados de que o afeto, cuidado e atenção não podem ser objeto de obrigação, tampouco monetização.

Acontece que, ao longo do presente estudo, notou-se que no caso da Alienação Parental, não se trata de imposição de afeto, e sim de compensação de um ato ilícito cometido pelo genitor alienante.

Observou-se em recentes decisões de tribunais que os casos de Alienação Parental, envolvem muitas vezes a comunicação de falsos crimes como o de abuso sexual e a prática de calúnia e difamação, o que por si só, já ensejaria a responsabilização penal.

Desse modo, da pesquisa jurisprudencial, pôde-se constatar que a Alienação Parental se encontra como espécie dentro do dano moral no Direito das Famílias. Outrossim, notou-se que nos referidos casos, a indenização se deu pela conduta ilícita, que em nada se relaciona com a ausência de afeto ou o abandono parental.

Contudo, ainda que a maioria das decisões demandem uma conduta ilícita que justifique a condenação a título de dano moral, o voto da Ministra Nancy Andrighi reflete um novo olhar sobre a possibilidade de indenização pecuniária no Direito das Famílias.

De acordo com a Ministra, ainda que a relação entre pais e filhos seja marcada pela subjetividade de sentimentos e condutas, há um mínimo de cuidado esperado do indivíduo que adota ou gera uma criança, tratando-se de dever irrenunciável dos pais. Segundo a Relatora, esse mínimo é o básico para que haja um desenvolvimento saudável e afetuoso da criança e do adolescente, cabendo aos mesmos pleitear judicialmente a reparação dos danos causados por eventual ausência de tais cuidados pelo genitor.

O voto da Ministra Nancy Andrighi demonstrou que a complexidade das relações familiares não é argumento para a ausência de cuidado, que é elemento essencial na formação de adultos sadios. Ainda, restou claro que o genitor que se esquivava dos seus deveres – que não se restringem a prestação de alimentos -, sem que esteja presente excludente de ilicitude, deve reparar os danos provenientes de sua conduta.

Entretanto, embora o REsp nº 1.159.242 – SP, de abril de 2012, tenha decidido que a ausência de cuidado caracteriza uma conduta ilícita, fato é que o julgado não convenceu os demais tribunais do Brasil, que em sua maioria, negam o cabimento de dano moral no Direito das Famílias em casos em que não resta evidenciada a conduta ilícita.

Como já mencionado anteriormente, grande parte da doutrina e do judiciário entende que a ausência de cuidado do genitor, não é capaz de gerar danos que ultrapassem o mero aborrecimento, não ensejando a indenização pecuniária, vez que o afeto não é passível de imposição e quantificação, e persistindo portanto, a controvérsia acerca do cabimento ou não do dano moral no Direito das Famílias.

Nesse sentido, há de se concluir que embora persista a controvérsia nas lides em que o objeto é o afeto e o cuidado, observou-se que na esfera da Alienação Parental, já existem inúmeras decisões favoráveis ao cabimento de indenização pecuniária, considerando tratar-se de condutas ilícitas já tipificadas na Lei 12.318/2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, José Manoel. *Síndrome da Alienação Parental*. Apase. FEDERICI, Cristina (trad). São Paulo, 2005. Disponível em <http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) fls. 01, Ementa da Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília (DF)*. Data do julgamento: 24 abr. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 02 ago. 2019.

~~BRASIL~~. *Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010*. Portal da Presidência da República, Brasília. Publicado no DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em 10 set. 2018.

~~BRASIL~~. *Lei n. 10.406/2002 - Código Civil*. Publicada no Diário Oficial da União, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 10 set. 2018.

~~BRASIL~~. *Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente*. Câmara dos Deputados. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CALÇADA, Andreia. *Falsas acusações de abuso sexual – o outro lado da história*. 2000. Disponível em: <http://www.apase.org.br/93001-andreacalçada.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

~~CAVALIERI FILHO, Sergio~~. *Programa de responsabilidade civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação Parental: Um abuso Invisível*. s/d, online. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_501\)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_501)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf). Acesso em: 10 set. 2018.

~~DIAS, Maria Berenice.~~ *Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?* s/d, online. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_504\)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isto.pdf)>. Acesso em 22 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2005.

~~DINIZ, Maria Helena.~~ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2005.

~~DINIZ, Maria Helena.~~ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7º vol. São Paulo: Saraiva, 2008.

~~DINIZ, Maria Helena.~~ *Curso de direito civil Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

~~DINIZ, Maria Helena.~~ *Curso de direito civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

GARDNER, Richard. *Parental alienation syndrome*. Traduzido por Rita Rafaeli. 2002. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em 07 set. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

~~GONÇALVES, Carlos Roberto.~~ *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

~~GONÇALVES, Carlos Roberto.~~ *Responsabilidade civil brasileiro*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

~~GONÇALVES, Carlos Roberto.~~ *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUAZZELLI, Mônica. *A falsa denúncia de abuso sexual*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*. BuscaLegis, s/d, online. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Consequência da alienação parental, estresse tóxico prejudica desenvolvimento neurológico da criança*. 2018, online. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/6734/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A recepção dos princípios constitucionais no novo direito de família codificado*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 5, p. 173-184, jan./jun. 2005.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LIRA, Wlademir Paes de. *Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e um perspectiva de efetividade no Direito Brasileiro*. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

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

~~MADALENO, Rolf~~. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Deveres Parentais e Responsabilidade Civil*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo*. IOB Thomson, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3 Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acessado em: 18 de abr. 2019.

PODEVYN, François. *Síndrome da Alienação Parental*. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em 10 set. 2018.

RAMOS, Patricia. *Abuso Sexual ou Alienação Parental: o difícil diagnóstico*. Associação portuguesa para a igualdade parental e direito dos filhos, 2010, online. Disponível em: <http://igualdadeparental.blogspot.com/2010/11/abuso-sexual-ou-alienacao-parental-o.html> Acesso em: 27 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Cláudia Maria da. *Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago-set. 2004.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Por uma Ética na Psicologia Jurídica aplica ao Direito de Família*. Psicologia Jurídica, 2010, online. Disponível em: <<http://psicologiajuridica.org/archives/187>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ULLMANN, Alexandra. *A Introdução de Falsas Memórias*. Pais por Justiça, 2009, online. Disponível em: <<http://paisporjustica.blogspot.com.br/2009/08/artigo-introducao-de-falsas-memorias.html>>. Acesso em: 22/09/2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

~~VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.~~

VIEIRA, Larissa A. Tavares; BOTTA, Ricardo Alexandre Aneas. *O efeito devastador da alienação parental: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado*. Revista Psicologado, set./2013, online. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em: 24/09/2018.

ZAMAN, Rada Maria Metzger Képes. *A Síndrome da Alienação Parental: um estudo exploratório*. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006.

ANEXO

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
 ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
 RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
 ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

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 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.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de

Superior Tribunal de Justiça

onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no

Superior Tribunal de Justiça

vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos

Superior Tribunal de Justiça

genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

Superior Tribunal de Justiça

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).*

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que

Superior Tribunal de Justiça

o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar**.

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na

Superior Tribunal de Justiça

parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda,

Superior Tribunal de Justiça

para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e

Superior Tribunal de Justiça

inserção social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexo causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem

Superior Tribunal de Justiça

(26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.