

RESPONSABILIDADE CIVIL NA ALIENAÇÃO PARENTAL:
UMA ANÁLISE NOS SISTEMAS JURÍDICOS PORTUGUÊS E
BRASILEIRO

CIVIL RESPONSABILITY ON PARENTAL ALIENATION:
AN ANALISYS IN PROTUGUESE AND BRASILIAN LEGAL
SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 47-104.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

WLADEMIR PAES DE LIRA
Professor de Direito Civil
Universidade Federal de Alagoas
Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas
wplira@uol.com.br

RESUMO: Este trabalho busca proceder uma investigação acerca das responsabilidades parentais, máxime no seu incumprimento em razão de alienação parental, assim como, a possibilidade de responsabilização civil do progenitor alienante, tanto em relação ao filho quanto em relação ao progenitor alienado, analisando-se a questão, principalmente, nos sistemas jurídicos português e brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: direito civil, responsabilidade civil, direito de família, responsabilidades parentais, alienação parental.

ABSTRACT: This paper seeks to undertake an investigation into parental responsibilities, celing in its failure due to parental alienation, as well as the possibility of civil liability of the parent alienating both for the child and in relation to the alienated parent, analyzing the question mainly in the legal systems Brazilian and Portuguese.

KEY WORDS: civil Law, civil liability, family law, parental responsibilities, parental alienation.

SUMÁRIO: I. Introdução.- II. Transformações no direito de família e autoridades parentais.- 1. As novas perspectivas do Direito de Família.- 2.2. Responsabilidades Parentais.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- III. Alienação parental e síndrome da alienação parental.- 1. Conceito e diferenças terminológicas.- 2. Critérios para identificação da SAP.- A) Em relação aos filhos.- B) Em relação ao progenitor alienador.- C) Em relação ao progenitor alienado.- 3. Graus de alienação.- 4. Alienação parental na jurisprudência.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- IV. Responsabilidade civil nas relações familiares e em especial na alienação parental.- 1. Responsabilidade civil nas relações familiares.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- C) Algumas breves notas sobre o sistema espanhol.- 2. Responsabilidade civil na alienação parental.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- C) A natureza do dano e o valor da indenização.- V. Considerações finais.

I. INTRODUÇÃO.

A evolução das relações familiares tem se mostrado de grande relevância em todo o mundo ocidental, gerando profundas alterações legislativas no âmbito do Direito de Família, assim como, vem despertando um grande interesse da doutrina.

Dentre essas mudanças encontramos as relações paterno-filiais, principalmente no que concerne às responsabilidades parentais.

A criança e o adolescente já há algum tempo, deixaram de ser objetos para se enquadrarem na categoria de sujeitos de direitos, o que reclamou toda uma revisão na positivação e na concretização dos seus direitos, que além de reconhecidos, inclusive, na ordem internacional e nas constituições, passaram a integrar uma categoria de direito prioritário em relação à atuação do Estado e em relação aos direitos dos adultos.

Dentre tais direitos podemos assinalar como um dos mais importantes, e por via de consequência, mais debatido, o direito fundamental á convivência familiar, entendida esta com a maior abrangência possível, principalmente no que concerne ao convívio com ambos os progenitores e com suas respectivas famílias.

Dentro desse contexto ganhou grande importância o exercício das responsabilidades parentais, que passaram a ser exigidas de ambos os

progenitores, e exercidas de modo a atender os superiores interesses dos filhos.

Não raro, porém, ainda, nos deparamos com incumprimento de tais responsabilidades, quer por desídia de um dos progenitores, quer por dificuldades impostas pelo progenitor detentor da guarda do menor.

Na perspectiva de tais incumprimentos, vislumbramos muitos casos em que um dos progenitores – em regra o que ficou com a guarda unilateral após a dissolução da sociedade afetiva – promove atos de alienação em relação à criança, de modo a tentar afastá-la do convívio com o outro progenitor, o que é denominado na doutrina especializada de alienação parental.

A criança, por sua vez, em decorrência da atitude do progenitor alienante, passa a desenvolver sintomas de aversão ao outro progenitor, criando ela própria, por indução de uma série de procedimentos, dificuldades na relação com o progenitor não guardião, o que é denominado de síndrome de alienação parental (SAP).

Tais condutas acabam por causar danos de todas as espécies, quer em relação à criança, quer em relação ao progenitor alienado.

Em quase todas as legislações ocidentais, se procurou criar mecanismos para tentar evitar a ocorrência da alienação parental, assim como, para promover sanções em relação ao progenitor alienante.

Além das sanções típicas do Direito de Família, as denominadas sanções jus-familiares, tanto a legislação portuguesa quanto a brasileira, prevêem a possibilidade de responsabilização civil do progenitor alienante.

Se a responsabilidade civil nas relações familiares ainda é matéria controvertida, embora nos pareça ser uma tendência inafastável, tal responsabilização nas relações paterno-filiais, além de ser da mesma forma preocupante -embora por vezes necessária- encontra ainda mais resistência.

É dentro desse contexto ainda nebuloso porém extremamente atual, que dedicaremos as poucas páginas deste estudo.

II. TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA E AUTORIDADES PARENTAIS.

1. As novas perspectivas do Direito de Família.

Dentro do contexto de grande transformação por que passa o direito da família e das crianças em todo mundo, inclusive em Portugal, novos problemas, de contornos ainda pouco definidos, que se manifestam entre uma tendência para a “privatização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares, por um lado, e uma tendência para a (re)publicização, por outro”¹, principalmente em matérias de novas conjugalidades e de defesa dos direitos das crianças, apontam para uma dificuldade do Direito de Família e das estruturas judiciárias em trabalhar com essa nova realidade.

A família transcende de experiência total e permanente em experiência parcial e transitória da vida individual. Estamos perante um novo modelo de família: a família líquida. E, ao ser “desconfinada”, transforma-se em “famílias”, para indicar toda a variedade e multiplicidade de modos de comunhão de vida e de experiências familiares, produto de escolhas voluntárias dos sujeitos envolvidos, o que gera grande diversificação nos arranjos familiares, como lembra ZANATTA².

O que se vê hoje são novos cenários familiares, onde se verifica o aumento das uniões de fato; o aumento do número de crianças nascidas fora do casamento; o aumento das famílias monoparentais; o aumento das famílias recompostas; o aumento das famílias transnacionais; e o aumento das famílias denominadas unipessoais. Estes cenários são ocasionados, entre outros fatores: pela diminuição da taxa de nupcialidade; o aumento da instabilidade conjugal (que resulta em separação e divórcio); a redução da natalidade; os processos migratórios e a globalização³.

¹ PEDROSO, J. & BRANCO, P.: “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, Coimbra (2008), Setembro, pp: 53-83.

² Cf. ZANATTA, A. L.: *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*. Bologna (2008): Il Mulino, p. 10: “Un singolo individuo può avere una vita familiare che comprende diverse forme familiari: per esempio, si può iniziare la vostra vita in una famiglia tradizionale, poi, in seguito al divorzio dei genitori, può essere parte di una famiglia di un solo genitore (di solito la madre) e poi una famiglia ricomposta se la madre ri-sposarsi, acquisendo eventualmente nuovi fratelli e una specie di padre ‘sociale’, anche se non riconosciuto, si aggiunge, senza sostituire il genitore biologico e giuridico. Raggiungere l’età adulta, può vivere da solo temporaneamente, incarnando una ditta di famiglia, possono poi formare una famiglia di fatto (unioni di fatto) e, successivamente, di sposarsi, non fare necessariamente”.

³ PEDROSO, J. & BRANCO, P.: “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, cit., pp. 53-83.

Conforme ensinam POCAR e RONFANI⁴, estamos perante o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição. Mas, mais do que falar em crise da família, deve falar-se em crise de um certo modelo de família, isto é, a família estável e harmoniosa, afetiva e fecunda, governada por regras rígidas de divisão do trabalho e assente numa hierarquia entre homem e mulher, pais e filhos.

VOLPI chega a informar que “a família esta praticamente a dissolver-se”⁵.

Segundo a professora ZANATTA⁶, na Europa coexistem vários modelos familiares: o modelo nórdico (países escandinavos), caracterizado pela saída precoce dos filhos da família de origem, por um número elevado de uniões de fato e de crianças nascidas fora do casamento e, também, uma alta taxa de divórcios; o modelo mediterrâneo (países da Europa meridional), de cariz tradicional, em que os filhos se mantêm por mais tempo no núcleo familiar de origem, onde diminuem as taxas de natalidade e aumenta o numero de uniões de fato; a idade núbil aumenta, e aumenta também a taxa de divórcios. Existe, ainda, o modelo continental, que é um modelo intermédio (Áustria, Bélgica, França, Alemanha e Luxemburgo).

Em França, como em outros países europeus, o conceito tradicional de família, como grupo de pessoas unidas por laços de sangue, conjugalidade ou vida em comum, já não atende à complexidade das relações encontradas no cotidiano ocidental, assim como, as paradigmáticas funções familiares, como a função sexual, demográfica, política, econômica e social, já não atende às novas exigências de garantias de direitos fundamentais, passando a ser difícil definir a instituição familiar contemporânea, diante da evolução jurídica por que passam tais relações, principalmente na prevalência do aspecto individual sobre o coletivo, como lembra FENOUILLET⁷.

⁴ POCAR, V. & RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*. Roma, Bari (2008): Editori Laterza, p. 126.

⁵ VOLPI, R.: *La fine della famiglia. La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*. Milano (2007): Mondadori, p. 132.

⁶ ZANATTA, A. L.: *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, cit., p. 12.

⁷ Cf. FENOUILLET, D.: *Droit de La Famille*, 2^a Ed., Paris 2008): Dalloz, pp. 1-7: “apprehender le phenomena familial est d’autant plus difficile que la notion est floue. Très approximativement, il est possible de la définir comme un groupe de personnes, qui peuvent être liées par le sang et l’alliance ou vie commune. La difficulté vient de ce qu’il n’existe pas ‘une’ mais ‘des’ familles, variant selon les temps, les lieux, les individus concernés, les questions considérées (...). Définir l’institution familiale contemporaine est difficile. C’est que la famille contemporaine est ‘incertaine’: parce que la société hésite sur les fonctions qu’il convient d’attribuer à la famille, Le système juridique peine à définir ce qu’est une famille. (...) Toute l’évolution juridique a consisté à insister sur l’aspect individuel au détriment de l’aspect collectif.”

No mesmo sentido, na Itália FEDERICO⁸ assinala as mudanças que vem sofrendo a família, nas diversas sociedades, quer no sentido econômico, social e cultural.

Como exemplo da doutrina alemã, SCHLÜTER⁹ ressalta que devido ao fato da família ter perdido sua função de comunidade econômico-produtiva, também mudaram as relações dos membros da família entre si. Uma causa essencial para o desmantelamento da imagem patriarcal da família e sua substituição pela função caracterizada pelo companheirismo e igualdade entre os cônjuges, deve ser procurada no fato de que o homem e progressivamente também a mulher, buscam uma atividade profissional fora do lar. Intimamente ligado à ampla perda da função objetiva, está o recuo da “pequena família”¹⁰ ao círculo privado e a interiorização das relações individuais. Se a família baseia-se decisivamente nas relações individuais e pessoais dos cônjuges entre si e dos pais com os filhos, então ela pode mais facilmente ser ameaçada no seu conteúdo, através de perturbações e conflitos neste âmbito individual-pessoal, que é acentuado pelo sentimento e pela mentalidade.

Em Portugal, COELHO e OLIVEIRA¹¹, ensinam que a família é um grupo de pessoas “entre as quais se estabelece uma teia muito extensa de relações”, lembrando que essas relações possuem, além da relevância social, a mais diversa relação jurídica, e que ao longo dos tempos tem perdido ou relativizado algumas de suas funções tradicionais – como a política, a econômica e as funções educativa de assistência e de segurança –, tendo esta desfuncionalização reforçado a sua intimidade, permitindo que se revelassem as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar, como as relações afetivas entre os cônjuges e a socialização dos filhos.

A mencionada Professora italiana ZANATTA, informa que a situação da família em Portugal, embora tenha começado o seu percurso de transformação mais tardiamente, ou seja, a partir da mudança política iniciada em 25 de Abril de 1974, apresenta-se, com efeito, no início do século XXI,

⁸ Cf. FEDERICO, B.: *Compendio di Diritto di Famiglia*, VIII edizione, Napoli (2010): Edizione Simone, p. 5: “La famiglia è un istituto storicamente e socialmente condizionato: Le sue funzioni e la sua struttura cambiano nelle diverse società, evolvendo di pari passo con Le trasformazioni economiche, sociali e culturali”.

⁹ SCHLÜTER, W.: *Código Civil Alemão – Direito de Família – BGB – Familienrecht*, Tradução de Elisete Antoniuk, 9ª Ed., Porto Alegre (2002): Sérgio Antônio Fabris Editor, pp. 56 e 57.

¹⁰ O autor diferencia “grande família” como sendo a comunidade de todos os parentes consanguíneos, e a “pequena família” como pais e filhos, ou, como se denominava remotamente, uma comunidade de produção.

¹¹ COELHO, F. P. & OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito de Família*, V. I, Introdução – Direito Matrimonial, 4ª Ed., Coimbra (2012): Coimbra Editora, pp. 34, 100 e 101.

como “uma vida familiar em mudança, [...] atravessada pelos movimentos de modernização da sociedade portuguesa que ocorreram”¹².

A ideologia e as práticas herdadas do século XIX impuseram por toda a Europa o modelo social e jurídico da família nuclear (pai, mãe e filhos), assente numa cultura da família e do casamento. Este modelo estava submetido a um conjunto de normas rígidas acerca das funções da família e dos papéis desempenhados por cada cônjuge. Havia, assim, um estatuto desigual para os homens e as mulheres, pois o homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado a mulher era o de lhe proporcionar o conforto doméstico e afetivo de que precisava. “Mas, no final do século XX (sobretudo a partir da década de setenta), os ideais de democratização da família lograram libertar a mulher do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei”¹³.

Passa-se a ter dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjetividade, procurando cada membro do casal a maior realização pessoal e satisfação que puder, dentro da comunhão de vida. “Ou seja, dentro da igualdade, cada um busca a sua diferença, uma vez que cada um formula as suas próprias pretensões”¹⁴.

No Brasil, as modificações sofridas no Direito de Família são as mesmas, lembrando PAULINO¹⁵ que incorporando uma metodologia constitucionalizada do direito civil, o direito de família abandona o viés patrimonializante próprio do direito civil clássico liberal e passa a valorar as relações familiares segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico nelas eventualmente envolvido.

Neste mesmo sentido são as lições do Ilustre professor LÔBO¹⁶.

¹² ZANATTA, A. L.: *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, cit., p. 12.

¹³ PEDROSO, J. & BRANCO, P. “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, cit., pp. 53-83.

¹⁴ OLIVEIRA, G.: “Transformações do Direito da Família”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I. Coimbra (2004): Coimbra Editora, pp. 763 e 764.

¹⁵ ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P.: *Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar*, disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 10/05/2013, às 12:45 h.

¹⁶ Cf. LÔBO, P. L. N.: “A repersonalização das relações de família”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre (2004): Síntese/Ibdfam, v. 6, n. 24, jun./jul., pp. 152-155: “A restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia de realização da sua afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação à realidade. (...) A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época. Suas antigas funções econômica,

Também no Brasil, portanto, ao longo dos anos, profundas foram as transformações verificadas no âmbito das relações familiares. Inicialmente concebida como célula fundamental de qualquer agrupamento social, a família, que poderia ser descrita como um núcleo de proteção de interesses econômicos e de reprodução¹⁷, fundada essencialmente no matrimônio e em rígidas hierarquizações para garantia da segurança jurídica e preservação do patrimônio familiar, revelou-se, nas palavras de DE MORAES, “o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem”¹⁸, onde podemos destacar, entre outros aspectos, a afetividade, como seu fundamento e finalidade¹⁹, permitindo a desconsideração do móvel econômico para prestigiar a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentem publicamente de modo comprometido com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre cônjuges e na igualdade entre filhos no domínio familiar.

Essa mudança de paradigmas é uma das características mais marcantes do Direito Privado de nosso tempo, afinal, como sustenta FACHIN²⁰.

Parece consenso entre os doutrinadores, que o modelo de proteção às entidades familiares haurido do texto da Constituição Federal impõe a necessidade de análise da realidade familiar sob óptica interdisciplinar, pois somente dessa forma o operador do direito terá condições de apreciar o complexo de relações existenciais que a caracteriza. Neste sentido, aduz FACHIN que “a família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico”²¹, consubstanciando-se em mais que fatos nas paredes ou possibilidades de convivência, na medida em que “vê-la tão-

política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário”.

¹⁷ SILVA FILHO, J. C. M. & PEZZELLA, M. C. C.: *Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro (2008): Lumen Juris, p. 47.

¹⁸ MORAES, M. C. B.: “O Princípio da Solidariedade”, *A Construção dos novos direitos*, Organizadora Ana Carla Harmatiuk Matos, Porto Alegre (2008): Nuria Fabris, pp. 248-249.

¹⁹ LÔBO, P. L. N.: “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”. *Jus Navigandi*, Teresina (2002), ano 6, n. 53, jan. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 01 abr. 2010.

²⁰ Cf. FACHIN, L. E.: “Contemporaneidade, novos direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil”. In MATOS, A. C. H. (org.): *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 200 *A Construção dos novos direitos*, Organizadora Ana Carla Harmatiuk Matos, Porto Alegre (2008): Nuria Fabris, p. 225: “Inequivocamente estamos em *tempo* novo, nada obstante, na mesma *espacialidade* de um perdurar histórico, social e econômico. Daí que não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da ideia de *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos linguísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpenetração dos espaços públicos e privados reconhecida na doutrina, na legislação e na jurisprudência”.

²¹ FACHIN, L. E.: *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro (1999): Renovar, p. 72.

só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um iceberg. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenómeno”²².

Por conseguinte, considerando que a família deixou de ser uma mera unidade de produção, vale destacar o entendimento de VARELA, segundo o qual ela se converteu, “ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua”²³.

2.2. Responsabilidades parentais.

A) Em Portugal.

O exercício das responsabilidades parentais é definido como um conjunto de faculdades cometidas aos pais no interesse dos filhos em ordem a assegurar convenientemente o seu sustento, saúde, segurança, educação, a representação e a administração dos seus bens (artigo 1878.º do Código Civil).

Os pais ficam automaticamente investidos na titularidade das responsabilidades parentais, independentemente da sua vontade e por mero efeito da filiação, não podendo renunciar a estas nem a qualquer dos direitos que as mesmas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que legalmente se dispõe a propósito da adoção (artigo 1882.º do mesmo Código).

Trata-se de um meio de suprimento da incapacidade de exercício de direitos por parte do menor (artigo 124.º do citado Código) e é preenchido por um complexo conjunto de poderes e deveres funcionais atribuídos legalmente aos progenitores para a prossecução dos interesses pessoais e patrimoniais de que o filho menor não emancipado é titular²⁴.

A professora da Universidade de Coimbra, MARTINS, em dois textos distintos, trata das responsabilidades parentais antes e durante a reforma de 2008.

²² FACHIN, L. E.: *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*, cit., p. 72.

²³ VARELA, A.: *Direito da Família*, 3 ed. Lisboa (1993): Petrony, p. 47.

²⁴ FIALHO, A. C. & CALEIRA, J. P.: “O Regime das Responsabilidades Parentais”, *Faculdade de Direito da Universidade de Nova Lisboa*, disponível em <http://www.bibliocateca.unit.pt/web>, acessado em 06/05/2013, às 12:30 h.

Quando ainda se tratava por poder paternal, era tratado como o conjunto de poderes-deveres que a lei atribui ou impõe a ambos os pais para conduzirem a vida dos filhos menores, lembrando já naquele momento que “o cuidado parental, dado o seu carácter altruísta, não pode ser exercido de forma autoritária e egoística, mas antes de modo a promover a autonomia progressiva dos filhos”²⁵.

Posteriormente, a referida professora informa que “o estatuto da cidadania social atribuído à criança no século XX e assente no seu reconhecimento como pessoa, sujeito de direitos, dotado de uma autonomia progressiva, coloca, agora no século XXI, o desafio da adequação das responsabilidades parentais a este novo estatuto da criança”²⁶.

O artigo 1906º do Código Civil, alterado pela lei nº 61/2008, de 31 de outubro, estabelece os critérios de orientação do tribunal em matéria de fixação do regime de regulação das responsabilidades parentais e de determinação da residência da criança. Estabelecendo como ponto essencial que se garantam as relações de proximidade da criança com ambos os progenitores. Partindo do princípio que o critério de decisão é o do interesse da criança, assume-se como tal o de manter relação de grande proximidade com os dois progenitores. Por outro lado, na assunção da decisão sobre qual a residência a fixar para a criança, o Tribunal deve, segundo o nº 5, do mesmo artigo 1906º, atender à disponibilidade que cada um manifeste para promover as relações habituais do filho com o outro progenitor²⁷.

O desempenho das responsabilidades parentais deve ser permanentemente acompanhado pelo tribunal, pois, a relação dos progenitores é estabelecida diariamente e de forma que se perpetua no tempo²⁸.

As responsabilidades parentais devem ser adotadas no sentido de comunhão, ou seja, exercício conjunto dos poderes-deveres, plasmados nos artigos 1788º, 1885º a 1888º do CC, e que integram tradicionalmente o poder paternal em si mesmo: “as responsabilidades pessoais – respeito, guarda,

²⁵ MARTINS, R. C.: “Poder Paternal VS Autonomia da Criança e do Adolescente”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família*, ano 1, n.º 1, Coimbra (2004): Coimbra Editora, p. 67.

²⁶ MARTINS, R.: “Responsabilidades Parentais no Século XXI: a Tensão Entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 5 – n.º 10 – Julho/Dezembro, Coimbra (2008): Coimbra Editora, p. 25.

²⁷ SÁ, E. & SILVA, F.: *Alienação Parental*, Coimbra (2011): Almedina, P. 25.

²⁸ SÁ, E. & SILVA, F.: *Alienação Parental*, cit. p. 26.

segurança, educação, correção e saúde -, as responsabilidades patrimoniais – alimentos e administração de bem – e, a responsabilidade de representação”²⁹.

Os artigos 174º a 185º da OTM, regulam um regime pós dissolução da família.

Deste modo, resolvida a questão prévia da atribuição da guarda do menor em questão, o tribunal deverá fixar ou procurar fixar um regime equilibrado e adequado, tendo em conta, num primeiro plano, o interesse do menor, mas sem nunca olvidar as funções e sentimentos dos próprios progenitores que devem continuar a “poder privar e participar activamente da vida do filho, apesar da separação do casal (1905º, do CC, e 177º e 180º, da OTM)”³⁰.

A Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, estabelece: o princípio da não discriminação (2º); do respeito pelas opiniões da criança (12º), e do princípio que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (6º)³¹.

O interesse do menor, embora se consubstancie numa dificuldade prática, resultante da indeterminação do critério, absorve ou deve absorver as orientações vertidas no Código Civil quanto ao conteúdo do poder paternal, nomeadamente os artigos 1878º (segurança, saúde, sustento e autonomia do menor), 1885º n.º 1 (desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos), 1878º, n.º 2 (opinião dos filhos). Outrossim, a natureza do processo de regulação das responsabilidades parentais como processos de jurisdição voluntária atribuem ao juiz um papel fundamental na adequação, “in casu”, das orientações legais sobre conteúdo do exercício das responsabilidades parentais e o critério do interesse do menor³².

O exercício das responsabilidades parentais deve ser desempenhado do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e, portanto, a partir das responsabilidades dos adultos é que se definem as consequências do divórcio. Também assim se evidencia a separação entre a relação conjugal e relação paternal, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda. “O divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente se

²⁹ CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, Coimbra (2011): Coimbra Editora, p. 30.

³⁰ CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 31.

³¹ CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 32.

³² CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 34 e 35.

forem impedidos de manter relações afetivas e as lealdades tanto com as suas mães como com seus pais”³³.

A importância da perspectiva de distribuição equitativa das responsabilidades parentais, é majoritária na doutrina, como salienta DIAS³⁴, embora há quem a critique, como regra geral e de aplicação primária, como é o caso de SOTTOMAYOR³⁵.

De logo abrimos um parêntese, nesta questão em particular, para ousarmos discordar de alguns argumentos trazidos pela ilustre professora SOTTOMAYOR, apesar de reconhecermos sua sapiência jurídica e sua importância na doutrina do direito de família português, e o fazemos com base na própria doutrina portuguesa.

As discordâncias se referem a sete argumentos, inicialmente.

Sustenta a mencionada autora:

a) No domínio das responsabilidades parentais, a Lei n.º 61/2008 manifestou vontade de generalizar o exercício em comum das responsabilidades, em relação a todas as famílias – famílias em que se verifica um divórcio ou uma separação e famílias em que nunca houve casamento nem união de fato – sem ter em conta as exigências e as dificuldades de funcionamento deste

³³ DIAS, C. M. A.: *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra (2008): Almedina, p. 37.

³⁴ Cf. DIAS, C. M. A.: *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, cit., p. 10: “O exercício das responsabilidades parentais deve ser estipulado de forma que a criança possa manter relações afetivas profundas com o pai e com a mãe, bem como ser o alvo de cuidados e proteção por parte de ambos em ordem à salvaguarda do seu superior interesse (...) Os direitos das crianças serão o referente aquando da regulação do exercício das responsabilidades parentais. Exposição de motivos da Lei 61/2008, de 31 de outubro”.

³⁵ Cf. SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra (2010): Coimbra Editora, p. 43 e 47: “Tenho vindo a defender que o exercício conjunto das responsabilidades deve ser restringido aos casos em que ambos os pais estão de acordo, conforme estipulava a Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto, (...) A imposição do exercício conjunto assenta numa presunção irrealista e ingênua do legislador em relativamente à capacidade de cooperação dos pais aquando uma separação ou divórcio. Pais preparados para tal função constituem, casos excepcionais, e fazem-no, independentemente do que diga a lei, pois a família rege-se por critérios de auto-regulamentação. (...) O artigo 1906.º, n.º 2, do Código Civil, que exige ao tribunal uma decisão fundamentada para determinar que as responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores, aplica-se, apenas, nos casos de conflito dos pais, em que um requer o exercício unilateral das responsabilidades parentais contra a vontade do outro, que pretende o exercício conjunto”.

princípio, em caso de desunião da família e de falta de diálogo dos pais. Este modelo de exercício comum, que implica a tomada das decisões de particular importância por ambos os pais, independente da relação que intercede entre si, foi estendido, pela lei, aos casos de conflito parental, esquecendo-se a importância do acordo na execução do modelo³⁶.

Acerca dessa crítica podemos afirmar que o que se busca com a alteração legislativa é a manutenção da relação materno-paterno-filial, independentemente da situação de conjugalidade dos pais. Levar em conta apenas a situação familiar dos pais e o acordo entre eles celebrado para o exercício das responsabilidades parentais, pode não atender aos interesses dos filhos. Como ensina MARTINS, se o século XX foi o “século da criança”, o século XXI afirmar-se-á seguramente como o século das responsabilidades parentais³⁷.

b) A igualdade é concebida, não como a promoção dos direitos das mulheres, aquelas que historicamente viveram e vivem num sistema de subordinação social e econômica, mas como a promoção dos direitos dos pais-homens, que se sentem excluídos da educação e da companhia dos filhos, após o divórcio, devido ao que se designa como “efeitos perversos da guarda única³⁸”.

Concordamos com a preocupação da autora acerca da necessidade de uma visão feminista do Direito, até porque, há de se reconhecer que este ainda é masculino, e porque não dizer, voltado para os adultos. Porém, não se trata da igualdade material entre os cônjuges, e sim, de igualdade material entre os pais, de modo que as questões formais previstas na alteração legislativa são um primeiro passo importante para a efetivação de tal igualdade, induzindo, além de outros pontos positivos, uma maior preocupação do Estado com as responsabilidades parentais.

c) A solução seguida pela nova lei, que prevê, no art. 1912.º, o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente às crianças nascidas fora do casamento, mesmo que os pais que não vivam em condições análogas às dos cônjuges, levantará problemas graves, susceptíveis de pôr em perigo o projeto de vida das crianças e o seu direito à família, nos casos em

³⁶ SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio” cit., p. 115.

³⁷ MARTINS, R.: “Responsabilidades Parentais no Século XXI: a Tensão Entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais”, cit., p. 25.

³⁸ SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, cit., pp. 116 e 117.

que os pais biológicos nunca viveram em união de fato e a paternidade foi estabelecida num processo de averiguação oficiosa (art. 1864.º e SS.)³⁹.

Mais uma vez a autora traz a preocupação da vida em conjugalidade como pressuposto para uma adequada distribuição das autoridades parentais, o que nos parece ir de encontro a tudo que modernamente tem se escrito sobre o tema. Na investigação de paternidade não se procura apenas uma identificação de um vínculo biológico entre o pai e o filho, de modo que aquele deva colaborar com o sustento deste. O que se busca, como próprio nome diz, é uma paternidade e através dela promover a completude de formação de que a criança precisa para seu desenvolvimento, o que será conseguido, também, com a distribuição e efetivação do exercício das responsabilidades parentais.

d) O exercício conjunto das responsabilidades parentais devia ser reservado, apenas, para os pais que vivem em união de fato, conforme já previa o art. 1911.º, n.º 3, do Código Civil, na redação que lhe deu a reforma de 1977, e que exigia a declaração dos pais junto do funcionário do registro civil diferentemente da solução atual que se limita a remeter para as normas que regulam o exercício das responsabilidades parentais na constância do casamento (arts. 1901.º a 1904.º)⁴⁰.

Tal afirmação contraria, como já foi dito, o exercício adequado das responsabilidades parentais. Como ensina BURT⁴¹, a convivência com ambos os pais é fundamental para a percepção dos filhos de que seus progenitores continuam sendo responsáveis por eles, independentemente da condição conjugal dos pais, o que demonstra importância na completude de sua formação e na efetivação da mais ampla convivência familiar, o que atende mais adequadamente, em regra, os interesses dos filhos.

³⁹ SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, cit., p. 120.

⁴⁰ SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, cit., p. 121.

⁴¹ Cf. BURT, R.: “Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores”, *Derecho, infancia y familia*, Compiladora Mary Beloff, Barcelona (2005): Gedisa Editorial, p. 74: “en los pronunciamientos judiciales se han señalado las ventajas que implica para los hijos este régimen; a) ambos padres se mantienen guardadores; b) equiparación de los padres en cuanto a la organización de su tiempo y vida personal y profesional; c) convivencia con cada uno de los padres; d) menos problemas de lealtades, y e) no hay padres periféricos. Asimismo, debe comprenderse que es en interés de los hijos que los padres acuerdan el sistema de guarda y régimen de comunicación que garantice la coparentalidad. El hijo se beneficia con la percepción de que sus progenitores continúan siendo responsables frente a él, de que existe un diálogo entre ellos —pues esto conduce a su estabilidad psicológica— y de que “no es beneficioso que sus padres litiguen toda la vida y ganen juicios en su nombre sino que respeten sus derechos fundamentales...”.

e) O exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio, levanta também problemas psicológicos, sociais e jurídicos que prejudicam o interesse da criança. (...) O exercício conjunto representa um retorno ao patriarcado, pois, as crianças continuam a residir com a mãe, que se sacrifica por elas no dia-a-dia, e os pais-homens têm o direito de veto sobre as decisões daquela⁴².

Ao que nos parece, os problemas psicológicos são muito mais evidenciados, quando há o distanciamento dos filhos com um dos pais. Claro que há casos em que o exercício comum das responsabilidades parentais pode causar alguns problemas para os filhos, todavia esta não é a regra que se apresenta, devendo o juiz analisar tal conveniência no caso concreto, sempre primando pela amplitude da convivência com ambos os pais. Como mencionam PEREIRA e FRANCO, o cuidado, o entendimento, o afeto e a responsabilidade compuseram a base desses núcleos familiares, desvinculados do casamento e da filiação biológica. “O compartilhamento jurídico, em nome da regularização da guarda compartilhada, resultou no acolhimento e na proteção de pessoas em fase peculiar de desenvolvimento”⁴³.

f) A lei, no art. 1906.º, n.º 2, tem uma válvula de escape, que permite ao(a) juiz(a) decretar o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, sempre que o conjunto seja contrário ao interesse da criança. Parece-me, contudo, que seria mais ajustada uma técnica legislativa que recorresse a conceitos determinados, como conflito parental, abandono ou desinteresse de um dos pais e violência de gênero⁴⁴.

Não nos parece possível se buscar nessa seara conceitos determinados, como pretende a autora. As responsabilidades parentais estão envolvidas, por si só, em conceitos indeterminados, cabendo ao juiz buscar, com os instrumentos que lhes são disponíveis, atender sempre ao superior interesse da criança, que por si só, também é um conceito indeterminado. Cada pessoa é uma pessoa, e cada relação entre pais e filhos se diferencia por diversos fatores, o que implica a necessidade da análise em cada caso concreto.

g) Guarda conjunta ou guarda alternada, conceitos que não pressupõem a fixação de uma residência habitual da criança, vivendo esta, respectivamente,

⁴² SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, cit., p. 124.

⁴³ PEREIRA, T. S. & FRANCO, N. S.: “O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito de Família*, ano 6, n.º 11, Janeiro/Junho, Coimbra (2009): Coimbra Editora, p. 25.

⁴⁴ SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, cit., p. 135.

períodos duradouros com cada um dos pais ou alternadamente, de acordo com um determinado ritmo semanal, quinzenal ou mensal⁴⁵.

Necessitamos fazer aqui uma breve observação. No Brasil temos a guarda unilateral (fica definida para apenas um dos progenitores); a guarda alternada (quando a criança fica determinado período com um dos pais, e outro período com o outro); nidação ou aninhamento (quando os pais é que se reservam em períodos determinados na moradia onde permanentemente ficam os filhos) – essas duas últimas entendidas, também, como espécies de guarda unilateral – , e a guarda compartilhada (onde ambos os pais participam, em forma de co-obrigação, da criação, educação e manutenção dos filhos), sendo esta última equivalente ao que em Portugal denomina-se de guarda conjunta.

A importância do exercício da guarda, prioritariamente de forma compartilhada, não só veio mudar o panorama das relações paterno-filiais em todo o ocidente, como tem sido elogiado por quase toda a totalidade da doutrina.

Para BROCHADO, o mérito da guarda compartilhada tem sido muito mais social do que jurídico, pois vem ao encontro do novo conceito de paternidade, “quando efetivada, porém, seus efeitos abrangem a experiência do pleno exercício da autoridade parental”⁴⁶.

É importante destacar, por uma questão de justiça, que SOTTOMAYOR não está isolada nessas críticas⁴⁷, porém está longe de defender corrente majoritária neste particular, ao contrário, alguns pensamentos vão de encontro a tudo que tem sido denominado de novo nessa questão.

B) No Brasil.

Desde o advento das utopias que caracterizaram as décadas de 60 e 70 do século passado até o momento atual, estabeleceu-se no Brasil uma preocupação constante com “o estabelecimento de relações equilibradas

⁴⁵ SOTTOMAYOR, M. C.: “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, cit., p. 137.

⁴⁶ TEIXEIRA, A. C.: *B. Família, Guarda e Autoridade Parental*, Rio de Janeiro (2005): Renovar, pp. 110 e 111.

⁴⁷ Ver XAVIER, R. L.: “Responsabilidades Parentais no Sec. XXI”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 5 – n.º 10 – Julho/Dezembro, Coimbra (2008): Coimbra Editora, p. 20; e XAVIER, R. L.: *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra (2009): Almedina, p. 69.

entre homens e mulheres, tanto nas relações entre eles, quanto nas que eles mantêm com as crianças”⁴⁸.

Esta mudança de foco permitiu uma nova interpretação jurídica de modo a converter tal “poder” em uma função social, enfatizando os interesses da infância e da juventude, e estabelecendo não apenas direitos para os que exercem a autoridade parental funcionalizada, mas também deveres⁴⁹.

Assim, o exercício da autoridade parental é caracterizado “pela atribuição aos pais do poder de interferência na esfera jurídica dos filhos menores, no interesse destes últimos e não dos titulares do chamado poder jurídico”. A função da autoridade parental, portanto, caracteriza-se pelo fato deste “poder” dever ser exercido em prol do interesse na realização dos filhos como pessoas em desenvolvimento. A autoridade parental funcionalizada, portanto, “é um regime de cuidado e proteção dos filhos”⁵⁰.

O momento atual é de reconhecer a condição de dependência do indivíduo nas redes relacionais de reconhecimento. Esta interdependência social esclarece a posição de vulnerabilidade do indivíduo perante os outros, pois nestas relações a pessoa se expõe a lesões (sem contar com nenhuma proteção) em relações das quais normalmente necessita para o desenvolvimento de sua identidade e para a proteção de sua integridade, o que se pode verificar – especialmente - nas relações entre pais e filhos. De modo que: “A autonomia é, antes, uma conquista precária de existências finitas, que só conseguem “se fortalecer” quando conscientes de sua vulnerabilidade física e de sua dependência social”⁵¹.

É na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente que reside a função da autoridade parental. Isto porque o princípio da dignidade humana se projeta sobre o poder-dever de promover a educação dos filhos, pelo que resta ao intérprete “buscar em tais situações jurídicas a técnica de superação do confronto egoístico de posições de vantagens individuais” Ou

⁴⁸ ARNAUD, A. J.: “A importância da utopia comunitária dos anos 70 para o estudo do direito de família contemporâneo”. *O direito traído pela filosofia*, tradução de Wanda Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre (1991): Safe, p. 131.

⁴⁹ DUARTE, A. P.: *Derecho de familia*. México, D.F. (1994): Fondo de Cultura Económica, p. 358.

⁵⁰ TEPEDINO, G.: “A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil constitucional”, *Temas de direito civil* – tomo II, Rio de Janeiro (2006): Renovar, p. 181.

⁵¹ HABERMAS, J.: *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo (2004): Martins Fontes, pp. 47 e 48.

seja, é o “melhor interesse da criança e do adolescente” que deve balizar o exercício da autoridade parental⁵².

Pode-se dizer que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente insere-se em um contexto de ascensão da doutrina da proteção integral da criança, seja no âmbito nacional ou internacional. A teoria da proteção integral assevera que os infantes são dotados dos mesmos direitos dos adultos, mas – em razão de sua condição especial e vulnerabilidade – são merecedores de uma “proteção especial e prioritária”⁵³.

Tal doutrina terminou por repercutir em uma série de dispositivos normativos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, tais como o art. 227 da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), e – no plano internacional – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

A positivação do princípio do melhor interesse resulta em um dever do sistema jurídico brasileiro no sentido de realizar suas políticas, ações e tomadas de decisões sempre tendo em vista, prioritariamente, o bem-estar efetivo da criança e do adolescente a quem se dirigem. Já em relação aos pais, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente impõe o dever de buscar sempre o maior benefício possível para os seus filhos, que pode ser caracterizado como um dever geral de cuidado imposto no interesse da comunidade às pessoas que exercem a autoridade parental. Posto isto, caracteriza-se a autoridade parental como uma função social, informada que é pela ordem pública e pelos interesses sociais⁵⁴.

Vale salientar uma diferença terminológica entre os sistemas jurídicos português e brasileiro, já que naquele se denomina superior interesse da criança, e neste, melhor interesse da criança, e isso acontece porque no Brasil, o superior interesse da criança e do adolescente é dividido em dois princípios: o melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da prioridade absoluta na concretização dos direitos a eles dirigidos, o que implica que, a união dos dois princípios equivale ao que se denomina em Portugal de superior interesse da criança.

⁵² TEPEDINO, G.: “A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil constitucional”, cit., p. 176.

⁵³ SILVA, S. V. M.: “Princípios orientadores da infância e juventude”, *Revista Ideia Nova*, a. 8, n. 4, Recife (2010): Universidade Federal de Pernambuco, p. 311.

⁵⁴ DUARTE, A. P.: *Derecho de familia*, México, D.F. (1994): Fondo de Cultura Económica, p. 358.

O Código Civil de 2002, contudo, apesar de não mais mencionar o “pátrio poder”, faz uso da expressão “poder familiar” a fim de identificá-lo com a “autoridade parental”. Tal denominação positivada parece indicar apenas um deslocamento de poder da figura do pai (o pátrio poder) para um poder compartilhado por ambos os pais (o poder familiar). Contudo, a alteração que se operou na seara jurídica foi muito mais profunda, “na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento”⁵⁵.

Ademais, é de se criticar a adoção de tal terminologia pelo legislador brasileiro. Pois, a ideia de poder está vinculada a uma noção de poder físico sobre outrem. Assim, aparenta ser mais precisa a expressão autoridade parental, porquanto o sentido da autoridade nas relações privadas reside em um “exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples autoridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada”. E, também, é parental tal autoridade por estar conectada à relação de parentesco constituída entre os pais e seus filhos, ressaltando-se a titularidade e o exercício desta também pela mãe⁵⁶.

A questão da função da autoridade parental suscita, sem sombra de dúvida, os limites intrínsecos aos direitos subjetivos dos pais e demais guardiões no que toca à direção da educação das crianças e adolescentes. Assim, afastando-se da noção de ausência de limites para o exercício dos direitos subjetivos, até então entendidos como absolutos, passou-se a adotar a teoria do abuso do direito de modo a definir o direito como uma “medida”. Pelo que os excessos no exercício dos direitos subjetivos configurariam uma violação à norma jurídica, pois se traduziriam em um ato de ultrapassagem (ou de desrespeito à “medida”).

A categoria jurídica do abuso de direito também é aplicável ao direito de família, verificando-se o abuso “quando o direito é exercido com o propósito de causar dano aos interesses da outra pessoa; ou quando tem fins distintos do que o direito lhe atribui; ou quando há desproporção entre o modo do exercício e o dano causado por esse exercício”⁵⁷.

A função da autoridade parental apresenta-se justamente como uma “limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito”; de modo que o interesse individual é revestido de licitude à medida que

⁵⁵ LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*. 3 ed. São Paulo (2010): Saraiva, p. 292.

⁵⁶ LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 293.

⁵⁷ LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 170.

realiza, também, os interesses sociais⁵⁸. Assim, o exercício da autoridade parental apresenta-se como uma função social porquanto deva ocorrer em vista do interesse social na assistência e cuidados especiais que demandam as crianças e os adolescentes para alcançar um desenvolvimento e crescimento normais em um ambiente de bem estar social e familiar⁵⁹.

III. ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

1. Conceitos e diferenças terminológicas.

Quem primeiro estudou a alienação parental e sua conseqüente síndrome foi GARDNER⁶⁰, tendo elaborado o primeiro escrito a respeito em 1985, para quem alienação parental é “a ação ou o conjunto de ações que visam manipular a criança com o intuito de eliminar ou diminuir de forma substancial a participação do outro progenitor da vida dela” enquanto que síndrome da alienação parental, conhecida como SAP é “um transtorno caracterizado pelo conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos com o outro progenitor”⁶¹.

Verifica-se, de logo, que diferentemente do que é sustentado por alguns autores⁶², que interpretam de forma um tanto quanto equivocada os

⁵⁸ LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 106.

⁵⁹ DUARTE, A. P.: *Derecho de familia*, cit., p. 346.

⁶⁰ GARDNER, R. A.: *Parental Alienation Syndrome (PAS) Sixteen Years Later*, disponível em <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01b.htm>, acessado em 13 de maio de 2013, às 16:00 h: “In 1985, the Academy Forum published my article, ‘Recent Trends in Divorce and Custody Litigation’. This was the first article in which I described the parental alienation syndrome (PAS), a disorder that I began seeing in the early 1980s. The Forum article is generally considered to be the seminal publication on the PAS, parent to at least 100 peer-reviewed articles. Although this is certainly a source of gratification for me, the sixteen years that have ensued cannot be viewed as a straight path to glory, especially because of controversies that have swirled around the diagnosis. I address here the reasons for the controversies and provide suggested solutions”.

⁶¹ GARDNER, R. A.: *Parental Alienation Syndrome (PAS) Sixteen Years Later*, cit.: “The parental alienation syndrome (PAS) is a disorder that arises primarily in the context of child-custody disputes. Its primary manifestation is the child’s campaign of denigration against the parent, a campaign that has no justification. The disorder results from the combination of indoctrinations by the alienating parent and the child’s own contributions to the vilification of the alienated parent”.

⁶² Cf. CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 54 e 55: “A diferença entre SAP e situações de eventual alienação parental é que, enquanto a SAP se consubstancia num conjunto de comportamentos e ações desenvolvidas por um dos progenitores sobre os menores de forma a controlar a relação entre estes e o progenitor alienado e, paulatinamente, a afastá-

conceitos de GARDNER, alienação parental não é a mesma coisa que síndrome da alienação parental. A primeira refere-se aos atos praticados por um dos progenitores ou por outra pessoa que tenha influência na criança, para afastá-la do convívio do outro progenitor, enquanto que a segunda, a SAP, são os “sintomas” ou comportamentos apresentados pela criança que caracterizam estar ela sofrendo atos de alienação parental.

As disputas acerca da guarda dos filhos após a dissolução das sociedades afetivas ou quando tais sociedades sequer existiram, passa a criar uma verdadeira “batalha”, que ultrapassa os limites dos foros judiciais, “firmando-se como uma questão pessoal”, onde um procura atingir o outro afetando a relação deste com as crianças, sendo muitos os motivos que levam uma parte parental a buscar o afastamento do filho da vida do outro, que vão desde a vingança pela separação, até a necessidade de ser o único a participar efetivamente da vida do filho⁶³.

A síndrome de alienação parental (SAP) é, portanto, um distúrbio caracterizado pelo conjunto de sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os seus vínculos com o outro progenitor, até a tornar contraditória em relação ao que devia esperar-se da sua condição.

Segundo AGUILAR, outros autores, como CARTWRIGHT⁶⁴, tentaram alargar o termo inaugurado por Gardner, afirmando que a SAP pode ser desencadeada por desacordo entre os progenitores que não digam respeito à custódia, como possam ser a divisão dos bens do casal, o que não se apresenta adequado à identificação das causas da alienação parental.

AGUILAR traz também, dentro da concepção da alienação parental, o que ele denomina de “síndrome da mãe maliciosa” que consiste na tentativa da progenitora em castigar o seu ex-marido, sem justificação, interferindo no regime de visitas e acesso do pai às crianças, “com um padrão estável de actos maldosos contra este, sem que este comportamento se justifique com outro distúrbio mental, embora possa ocorrer em simultâneo”⁶⁵.

los, criando nos menores uma atitude de repulsa a este progenitor, a alienação parental constitui por si só, um termo mais genérico que abrange não só os casos de abuso emocional, presente nos casos de SAP, mas também situações de abuso psicológico.”

⁶³ SÁ, E. & SILVA, F.: *Alienação Parental*, cit., p. 7.

⁶⁴ CARTWRIGHT, G. F.: *Expanding The parameters of Parantial Alienation Syndrome*, New York (1993): American Journal of Family Therapy, 21(3), pp. 205-215.

⁶⁵ AGUILAR, J. M.: *Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro*, Tradução Eduardo dos Santos, Casal de Cambra (2008): Caleidoscópio, p. 35.

2. Critérios para identificação da SAP.

Seguindo as linhas gerais traçadas por GARDNER⁶⁶, acerca dos sintomas que caracterizam a SAP, vários autores apresentam as características apresentadas pelos envolvidos no processo de alienação parental.

A) Em relação aos filhos.

- a) Perda de contato com um dos progenitores causando um sentimento de ausência na sua infância;
- b) ansiedade, crise de angústia e medo da separação;
- c) alterações a nível fisiológico nos padrões de alimentação e sono, condutas regressivas e de controlo de esfíncteres;
- d) diminuição do rendimento escolar e da atenção, empobrecimento das capacidades sociais e da capacidade empática, aumento de condutas revoltosas e diminuição do controlo dos impulsos;
- e) na área psicológica é afetado o desenvolvimento do auto-conceito e da auto-estima e fraca capacidade de suportar a frustração, o que poderia relacionar-se com problemas de comportamento com graves consequências legais;
- f) campanha de difamação na qual a criança fica obcecada pelo ódio que sente do progenitor alienado;
- g) racionalizações fracas ou absurdas para a depreciação do progenitor utilizadas pela criança para justificar sua rejeição;
- h) ausência de ambivalência onde a criança não tem dúvidas que o genitor mau é o alienado e o bom é o alienante;

⁶⁶ GARDNER, R. A.: *Parental Alienation Syndrome (PAS) Sixteen Years Later*, cit., “in the original article I described the primary symptoms of the PAS: 1) The Campaign of Denigration; 2) Weak, Frivolous, or Absurd Rationalizations for the Depreciation; 3) Lack of Ambivalence; 4) The ‘Independent-Thinker’ Phenomenon; 5) Reflexive Support of the Alienating Parent in the Parental Conflict; 6) Absence of Guilt Over Cruelty to and/or Exploitation of the Alienated Parent; 7) Presence of Borrowed Scenarios; e 8) Spread of the Animosity to the Extended Family and Friends of the Alienated Parent.”

- i) fenômeno do pensador independente, que se caracteriza pelo fato da criança afirmar que a decisão de rejeitar um dos progenitores é unicamente sua;
- j) apoio incondicional ao progenitor alienante no conflito conjugal;
- k) ausência de culpa por parte da criança face ao sofrimento do progenitor alienado e utilização de instrumentos de exploração contra ele;
- l) presença de cenários emprestados, ou seja, as expressões usadas pela criança são idênticas às utilizadas pelo progenitor alienante; e
- m) prorrogação da animosidade para os amigos e/ou família do progenitor alienado com quem a criança pode ter tido relações próximas.

A vivência de uma experiência de alienação parental produzirá o afastamento de um dos progenitores ao longo da vida da criança e uma perturbação psiquiátrica permanente, podendo também apresentar: quebra nos seus relacionamentos, dificuldades no estabelecimento de relações de proximidade, pouca tolerância à raiva e hostilidade em outros relacionamentos, sintomas psicossomáticos e perturbações alimentares ou do sono, vulnerabilidade psicológica e dependência e conflitos com figuras de autoridade⁶⁷.

Os efeitos podem ser irreparáveis.

Para além das diferenças entre dois adultos, as condutas que temos apontado são as responsáveis pela ruptura dos laços afetivos dos menores com parte da sua família, o que provoca um empobrecimento desnecessário, assim como uma exposição a cenários em que cresce a probabilidade de desenvolver diversos problemas. Em segundo lugar, devemos lembrar-nos de que estamos a falar da introdução no indivíduo de ideias, crenças e valores altamente perniciosos para o seu desenvolvimento pessoal e a sua visão de mundo, ideias que organizarão a sua conduta futura e o modo como enfrentará com a sua vida. Em terceiro lugar, temos que ter em conta que lutamos contra a educação no ódio e no rancor; na segregação baseada no sexo e nas crenças de cada um. Em quarto lugar, não nos devemos esquecer que a SAP está na base de muitas patologias infantis e adultas.

⁶⁷ CARVALHINHO, F. R. D.: N. *Síndrome de Alienação Parental: dos Fundamentos à Realidade Numa Amostra de Profissionais*, Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica e Saúde, Coimbra (2012): Universidade de Coimbra, UC/FPCE, pp. 6 e 7.

A longo prazo, os filhos que sofreram alienação parental, elaboram um esquema de vulnerabilidade em que predomina uma fraca auto-estima. Os problemas psicológicos de tipo ansioso e depressivo, a dificuldade na elaboração de seus vínculos afetivos de casal e o medo de repetir o modelo com os seus próprios filhos. Em muitos casos, o pai alienador já foi um filho alienado⁶⁸.

B) Em relação ao progenitor alienador.

- a) Paranóia: suspeita e desconfiança; auto-referências (egocentrismo); rigidez; hostilidade; juízos errôneos e personalistas;
- b) “folie à deux” (termo surgido no séc. XIX em França que se refere aos casos nos quais o delírio é partilhado por duas ou mais pessoas): As pessoas afetadas têm uma relação íntima que permite que o transtorno delirante do primeiro seja partilhado pelo outro sujeito;
- c) limite: Os indivíduos com esse transtorno de personalidade realizam sérios esforços para evitar um abandono real ou imaginário;
- d) transtorno anti-social de personalidade (Psicopatia, sociopatia ou transtorno dissociado da personalidade): padrão geral de desprezo e violação dos direitos dos demais;
- e) síndrome de “Munchausen”: é aquela em que o progenitor, apresentando seu filho como doente, satisfaz suas necessidades emocionais e de vinculação, fazendo com que se apliquem testes e tratamentos desnecessários ao filho, por vezes muito dolorosos. O progenitor pode provocar doenças ou avaliações desnecessárias com a intenção de aumentar a dependência do filho em relação a si;
- f) isolamento: se isolar com os filhos criando uma dependência anormal;
- g) medo: demonstração de medo de perder o filho para o outro;
- h) purga emocional: tentativa de eliminação de qualquer elemento que possa fazer referência ao objetivo da alienação;
- i) distanciamento físico e raptos;

⁶⁸ AGUILAR, J. M.: *Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro*, cit., pp. 121 a 129.

j) aprendizagem vicariante: formação das ideias da criança de acordo com seus objetivos alienadores.

FEITOR lembra também que entre as estratégias utilizadas pelo progenitor alienador, se verifica as demonstrações junto aos filhos, de culpa (não sei porque o pai nos deixou, tudo parecia bem); intimidação (vai para o teu pai se quiseres, mas não é para abraçar a namorada dele, entendeste?); medo (tu vais estar no teu pai, se precisares de mim, não adianta chamar); vitimizar-se (ao teu pai vai me levar para o tribunal novamente para te tirar de mim); simpatia (eu não posso dar o luxo que o pai vos dar, porque não tenho tanto dinheiro quanto ele); levar a criança a dizer a “verdade sobre acontecimentos do passado (eu escondi muita coisa de ti antes do teu pai nos ter deixado, porque não queria te magoar); excesso e permissividade (claro que está tudo certo para irmos à caça, o teu pai é que não quer que nos divirtamos juntos); e ameaças (já que estás no teu pai tanto tempo, talvez queira viver lá, só que não voltarás a me ver)⁶⁹.

C) Em relação ao progenitor alienado.

Entre outros sintomas, o progenitor alienado pode apresentar:

- a) Sentimento de impotência perante as atitudes do alienador;
- b) medo de perder definitivamente o contato com os filhos;
- c) sentimento de culpa perante os filhos;
- d) tendência a compensar o filho de forma exagerada, em função das posições críticas que por este são assumidas contra o pai alienado;
- e) vergonha junto aos familiares e amigos;
- f) constrangimento de buscar a tutela judicial para fazer valer seus direitos paternais;
- g) depressão pela impossibilidade de demonstrar seu amor pelos filhos;
- h) raiva e atitudes extremas perante o genitor alienante.

⁶⁹ FEITOR, S. I. F.: *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à Luz do Direito de Menores*, Coimbra (2012): Coimbra Editora, pp. 53 e 54.

3. Graus de alienação.

Segundo AGUILAR, a alienação parental pode se apresentar em três tipos: “tipo Ligeiro: As visitas ocorrem sem que hajam grandes conflitos e quando há, são leves e passageiros, tipo moderado: A campanha de difamação intensifica os seus ataques, porém de carácter ainda subtil e de baixa intensidade tipo grave: a campanha de difamação é extrema, contínua no tempo e no espaço”⁷⁰.

PODEVNY⁷¹ apresenta a seguinte quadro para classificar os estágios da alienação parental.

É importante frisar que após a dissolução da sociedade afetiva, ou quando esta sequer existiu, é comum se deparar com a possibilidade de um dos pais tentar mitigar o contato com o outro, máxime as mulheres, pelo grau de envolvimento que em regra tem com os filhos, o que por muitas vezes se apresenta como uma ideia de propriedade sobre eles.

O que vai caracterizar a alienação parental propriamente dita, ou seu grau mais elevado, é que deve ser objeto de preocupação e de intervenção por parte do Estado.

⁷⁰ AGUILAR, J. M.: *Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro*, cit., pp. 57 a 61.

⁷¹ PODEVNY, F.: *Síndrome de Alienação Parental*, tradução para português pela Associação Pais para Sempre, disponível em <http://www.paisparasemprebrasil.org>, acessado em 19 de maio de 2013, às 14:20 h.

<p>Estágio I Leve</p>	<p>Neste estágio normalmente as visitas se apresentam calmas, com um pouco de dificuldades na hora da troca de genitor. Enquanto o filho está com o genitor alienado, as manifestações da campanha de desmoralização desaparecem ou são discretas e raras. A motivação principal do filho é conservar um laço sólido com o genitor alienador.</p>
<p>Estágio II Médio</p>	<p>O genitor alienador utiliza uma grande variedade de táticas para excluir o outro genitor. No momento de troca de genitor, os filhos, que sabem o que o genitor alienador quer escutar, intensificam sua campanha de desmoralização. Os argumentos utilizados são os mais numerosos, os mais frívolos e os mais absurdos. O genitor alienado é completamente mau e o outro completamente bom. Apesar disto, aceitam ir com o genitor alienado, e uma vez afastados do outro genitor tornam a ser mais cooperativos.</p>
<p>Estágio III Grave</p>	<p>Os filhos em geral estão perturbados e freqüentemente fanáticos. Compartilham os mesmos fantasmas paranóicos que o genitor alienador tem em relação ao outro genitor. Podem ficar em pânico apenas com a idéia de ter que visitar o outro genitor. Seus gritos, seu estado de pânico e suas explosões de violência podem ser tais que ir visitar o outro genitor é impossível. Se, apesar disto vão com o genitor alienado, podem fugir, paralisar-se por um medo mórbido, ou manter-se continuamente tão provocadores e destruidores, que devem necessariamente retornar ao outro genitor. Mesmo afastados do ambiente do genitor alienador durante um período significativo, é impossível reduzir seus medos e suas cóleras. Todos estes sintomas ainda reforçam o laço patológico que têm com o genitor alienador.</p>

4. Alienação parental na jurisprudência.

A) Em Portugal.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO 1625/05-3 TMSNT-C.L1-7, RELATORA ANA RESENDE, DE 26-01-2010.

A genitora levou a cabo uma tentativa de afastar a criança do seu pai (...) verbalização por parte da progenitora da intenção de o filho deixar de ver o pai.

Protagonizou um processo dirigido a gerar, e obter, um real e efectivo afastamento do menor em relação ao progenitor que não guarda a criança.

Os relatórios psicológicos e sociais da criança identificaram sintomas como ser uma criança triste, sem emoções positivas e sem curiosidade (...) e o menor revela uma forte instabilidade e dificuldade de concentração nas várias tarefas que executa, deixando a maior parte delas incompletas; manifesta dificuldades no relacionamento interpessoal (evita o contato visual, tem dificuldade em iniciar e manter um diálogo, bem como a responder a questões) e ao nível emocional revela tristeza, não expressa emoções positivas e falta de curiosidade e de interesse.

O Tribunal reagiu à atitude da genitora alienante, retirando-lhe o exercício do poder paternal, entregando-o ao outro progenitor e garantindo um rigoroso regime de visitas, em alteração profunda em relação ao regime estabelecido originariamente.

Constatando os problemas gerados pela genitora para a convivência do filho com o pai, manteve a sentença que alterou o acordo originário de regulação do poder paternal, transferindo para o pai a guarda da criança, estabelecendo critérios rigorosos de convivência com a mãe, mantendo a condenação da genitora ao pagamento de uma multa de 249,90€, fundamentando o tribunal a possibilidade económica da recorrente e que a condenação em multa em causa, assentou no disposto no artº 181, nº 1, da OTM, que consigna se, relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercitivo e a condenação do omissor em multa até 249,90€ e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos.

ACÓRDÃO N° 180/05.9TMMTS-B.P1 DE TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, 07 DE ABRIL DE 2011.

I - O superior interesse da criança deve estar sempre presente em cada caso concreto e, com ele, pretende-se assegurar um desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem, tendo em conta as suas necessidades, bem como a capacidade dos pais para as satisfazer e ainda os valores dominantes no meio envolvente.

II - Daí que as últimas alterações legislativas dos correspondentes normativos tenham reforçado a necessidade de os progenitores manterem contacto profícuo entre si na prossecução dos interesses dos filhos e o direito à informação do progenitor que não exerça as responsabilidades parentais sobre o modo do seu exercício, designadamente quanto à educação e condições de vida, o que deve ser promovido e acautelado pelo tribunal.

III - Por isso e porque o estabelecimento da residência permanente ou habitual da criança é uma questão de “particular importância para a sua vida”, é de considerar que a mudança daquela para o estrangeiro na companhia do progenitor com quem vive habitualmente, sem cumprimento prévio do dever de informação do outro progenitor, sem a sua participação nessa decisão e sem intervenção judicial, é um acto ilícito e representa uma frustração dos objectivos delineados no reformulado art.º 1906.º do Código Civil.

IV - O novo regime aplica-se ao incidente de incumprimento suscitado em processos pendentes à data da sua entrada em vigor, não obstante não se tratar de uma nova acção, à semelhança da alteração da regulação, por estarem em causa normas de interesse e ordem pública que dispõem directamente sobre os efeitos da filiação.

V - O incidente de incumprimento não é o meio adequado para fazer desencadear um procedimento internacional destinado a efectivar o cumprimento das visitas, por serem autónomos e independentes.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA
PROCESSO: 2134/09.7TBCTB. C1. N° CONVENCIONAL: JTRC. DATA DO ACORDÃO: 16-11-2010. RELATOR: TELES PEREIRA. TRIBUNAL RECURSO: CASTELO BRANCO – 2º JUÍZO. VOTAÇÃO: UNANIMIDADE.

I – Assenta o artigo 182º da OTM, respeitante à alteração do regime das responsabilidades parentais anteriormente estabelecido, em dois pressupostos: o incumprimento; a alteração das circunstâncias.

II – Configura uma alteração das circunstâncias a superveniente detecção de uma situação de perigo para o menor, quando tal elemento se apresente como induzido por algum aspecto da regulação das responsabilidades parentais em vigor, designadamente pelo direito de visita.

III – Face a tal circunstancialismo, entendendo-se não ser caso de inibição das responsabilidades parentais, funcionará (no processamento previsto no artigo 182º da OTM) a previsão do artigo 1918º do CC, podendo a “alteração de regime” funcionar como “providência adequada” a afastar a situação de perigo detectada.

IV – Uma situação de perigo é aquela que tem a potencialidade de gerar um dano, aferindo-se a sua existência pela circunstância de se criar para o bem ou valor protegido um estado de insegurança existencial, em função do qual já não se pode confiar, totalmente, na ausência de dano.

V – A indicição de uma situação de abuso sexual de uma menor, temporal e situacionalmente associada ao regime de visitas ao progenitor não guardião, consubstancia um elevado perigo para a menor, justificando amplamente a restrição desse direito de visitas até ao ponto de estar totalmente garantido o afastamento desse perigo.

B) No Brasil.

EDCL NO CC 108689 / PE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2009/0214953-5, RELATOR(A) MINISTRO RAUL ARAÚJO (1143), ÓRGÃO JULGADOR S2 - SEGUNDA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 10/11/2010, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 18/11/2010.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AÇÃO PROPOSTA ONDE O DETENTOR DA GUARDA NÃO MAIS TEM DOMICÍLIO. ENVIO DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.

1. Consoante se verifica das informações prestadas pelos Juízos suscitados, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do Código de Processo Civil.

2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositura da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, lá deveria ter se dado, consoante entenderam os Juízos suscitados. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetivada a citação. Incidência do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Os conflitos de competência apontados pelo embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia Corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o feito, o que não ocorre nos autos.

4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se subsumindo a irresignação em análise a alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece ressonância a insurgência em questão.

5. Embargos de declaração rejeitados.

CC 94723 / RJ CONFLITO DE COMPETENCIA 2008/0060262-5, RELATOR(A) MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) ÓRGÃO JULGADOR S2 - SEGUNDA SEÇÃO DATA DO JULGAMENTO24/09/2008 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 29/10/2008.

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. MENOR. AÇÕES CONEXAS DE GUARDA, DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA, DE EXECUÇÃO E OUTRAS. GUARDA EXERCIDA PELA MÃE. MUDANÇA DE DOMICÍLIO NO CURSO DA LIDE. IRRELEVÂNCIA. CPC, ART. 87. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

I. Prevalece o art. 87 do CPC sobre a norma do art. 147, I, do ECA, que tem natureza absoluta quando, em curso a ação originária, proposta regularmente no foro de residência do menor, o detentor da guarda altera seu domicílio.

II. Precedentes do STJ.

III. Inexistência de circunstância excepcional a indicar solução diversa.

IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia, GO, o suscitado.

NÚMERO: 70052960051 INTEIRO TEOR: TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS SEÇÃO: CIVEL TIPO DE PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO ÓRGÃO JULGADOR: OITAVA CÂMARA CÍVEL DECISÃO: ACÓRDÃO RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE PORTO ALEGRE.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. GUARDA. ALTERAÇÃO. INDEFERIMENTO. O agravante não trouxe aos autos provas de que o filho esteja em situação de risco ou vulnerabilidade na companhia da mãe, que é quem detém sua guarda desde a separação do casal. O fato de ter permanecido fora da escola por longo período no ano de 2012 (aproximadamente 5 meses), não caracteriza qualquer perigo ao infante, tendo em vista que, na época, ele frequentava a pré-escola (Jardim da Infância B). Mesmo a alegação de alienação parental é questão que deve ser deduzida e investigada na origem, onde será analisada por profissionais habilitados.

NÚMERO: 70053490074 INTEIRO TEOR: TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS SEÇÃO: CIVEL TIPO DE PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO ÓRGÃO JULGADOR: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DECISÃO: ACÓRDÃO RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE PORTO ALEGRE.

Ementa: DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO. SUSPEITA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. INTENSA BELIGERÂNCIA. PEDIDO DE REVERSÃO DA GUARDA. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de conviver com o filho, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ele um vínculo afetivo saudável. 2. A criança está vitimizada, no centro de um conflito quase insano, onde a mãe acusa o pai de abuso sexual, e este acusa a mãe de promover alienação parental. 3. As visitas estão estabelecidas e ficam mantidas pelo prazo de noventa dias, mas sem a supervisão da mãe e com acompanhamento interprofissional.

IV. Responsabilidade civil nas relações familiares e em especial na alienação parental.

1. Responsabilidade civil nas relações familiares.

A) Em Portugal.

Como já tivemos oportunidade de mencionar em *paper* anterior, a mitigação da culpa nas dissoluções da sociedade conjugal vinha diminuindo a possibilidade de responsabilidade civil decorrente dessas relações, o que era, inclusive, o objetivo de muitos doutrinadores da matéria.

Autores como VARELA sustentavam que a infração aos direitos familiares pessoais não origina dever de indenizar, não se lhes aplicam os princípios da responsabilidade civil⁷².

CERDEIRA sustenta, inclusive, que os manuais de direito das obrigações portugueses trazem apenas algumas linhas acerca das interferências do direito das obrigações, particularmente do regime de responsabilidade civil, no direito de família. “Por norma, os autores limitam-se a distinguir os direitos de família dos direitos de crédito, sublinhando a fragilidade da garantia dos deveres familiares pessoais como consequência prática da natureza diversa desses deveres”⁷³.

As noções de culpa e correspondente sanção que durante tanto tempo aprisionaram o instituto do divórcio, são cada vez mais incompreensíveis e injustificadas, quando comparadas com o conceito de conjugalidade atual – que o casamento não poderá ser considerado um vínculo jurídico indissolúvel e que apenas deve perdurar se mantiver o *affectio conjugalis*. É a tradução do divórcio como simples constatação da ruptura do casamento, como ensina CARVALHO⁷⁴.

Tradicionalmente, os autores distinguem os direitos de família dos direitos de crédito, salientando a fragilidade de garantia dos direitos familiares pessoais em consequência da sua particular natureza, pelo que, no tratamento dos pressupostos da responsabilidade civil se considera que a violação destes direitos não dará origem a qualquer obrigação de indenizar.

⁷² VARELA, A.: *Das Obrigações em Geral*, V. I, 10ª Ed., Coimbra (2005): Almedina, pp. 206 a 208.

⁷³ CERDEIRA, A. C. S.: *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra (2000): Coimbra Editora, p. 9.

⁷⁴ CARVALHO, F. P.: “O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo”, *AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito de Família e das Sucessões, Vol. I*, Coimbra (2004): Coimbra Editora, pp. 585 – 604.

Levantam-se, pois, sérias dúvidas acerca de saber se os princípios da responsabilidade civil se aplicam ao conjunto de direitos e deveres de conteúdo pessoal e patrimonial próprios da relação matrimonial ou se, pelo contrário, o divórcio, concebido como sanção específica do direito da família, afastará o recurso à normas de responsabilidade civil.

Para autores como COSTA⁷⁵, Os direitos familiares pessoais, apesar da sua particular natureza, são concebidos como direitos privados, o que significa que, à semelhança destes, lhes subjaz o binômio liberdade-responsabilidade, que não é de afastar pelo fato de os sujeitos desta particular relação jurídica se encontram casados entre si, pelo contrário, o casamento não deve diminuir, antes aumentar a responsabilidade de quem o contraiu., ressaltando, porém, que o artigo 1792.º afasta, pois, quase por completo a até aqui existente obrigação de indenizar e afirma que os “pedidos de reparação de danos”, serão, “em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil”.

Para autora, isso significa que os cônjuges causadores de danos com culpa, mesmo nos casos de culpa grave, ficam, no que ao regime matrimonial diz respeito, impunes, pelo que os “inocentes” têm as reparação dos seus danos relegadas para os meios comuns, exceção feita ao cônjuge que requer o divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, que continua obrigado a indenizá-lo pelos danos causados pela dissolução do casamento⁷⁶.

Segundo HÖSTER⁷⁷, a nova concepção do divórcio que, dentro da sua lógica, não permite que se alicerce no pressuposto limitativo da culpa parece, à primeira vista, desresponsabilizar os cônjuges em relação às causas com que contribuíram para o fracasso do seu casamento, ao contrário do que tem vigorado até agora no caso do divórcio ter sido litigioso. Na verdade, em qualquer divórcio litigioso – seja ele decretado devido à violação culposa dos deveres conjugais (art. 1779.º) ou seja ele decidido com base na verificação de uma causa objetiva (art. 1781.º) – a lei anterior sempre esteve empenhada em

⁷⁵ COSTA, E. D.: “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”, *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra (2010): Coimbra Editora, pp. 61 e 62.

⁷⁶ COSTA, E. D.: “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”, cit., pp. 76 e 77.

⁷⁷ HÖSTER, H. E.: “A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges”, *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra (2010): Coimbra Editora, pp. 95 e 96.

ver apuradas as culpas, e as responsabilidades dos cônjuges. No entanto, a nova concepção do divórcio ‘não exclui que as responsabilidades sejam pedidas e que as indenizações correspondentes venham a ser fixadas, apesar das respectivas soluções da lei poderão não ser as mais felizes’.

Na verdade, a visão da família como entidade fechada manifestava o seu vigor também na fase patológica da relação conjugal. É que, o recurso da vítima ao foro exterior comportava o fim da sociedade conjugal e, nesse contexto, a intervenção do juiz representava, não uma intromissão na vida da família mas o próprio fim dessa vida⁷⁸.

De acordo com o HÖSTER⁷⁹, o legislador de 2008, ao introduzir uma nova concepção de divórcio, enveredou para outros caminhos: agora, a sentença que o decreta nunca se pronunciará a respeito da culpa que possa ter havido. “A culpa ficou mesmo banida do novo regime estabelecido para o divórcio – i. é, do processo e da sua decisão”.

Em relação à reparação dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, o n.º 2 do artigo 1792.º mantém, quando o divórcio tiver sido decretado com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, a solução anterior. “O cônjuge que pediu o divórcio é obrigado a indemnizar o outro, sendo o pedido de indemnização deduzido na própria acção de divórcio. Quanto às restantes causas de divórcio, nenhuma indemnização por danos morais pela dissolução do casamento está especificamente prevista”.

Por fim, é o n.º 1 do artigo 1792.º que, em matéria de responsabilidade dos cônjuges, segue caminhos novos, nunca antes percorridos. Diz ele: “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Quer dizer, a lei não só remete a questão da responsabilidade para o regime geral (arts. 483.º e SS. E 562.º e SS.) como ainda rejeita a competência dos tribunais especializados na matéria para atribuir aos tribunais comuns.

A solução encontrada, segundo o autor, contraria o princípio da economia processual, pois obriga a instaurar dois processos, consecutivos, um fato que poderá revelar como inibitório para o cônjuge lesado. Além disso, ao não confiar a matéria aos tribunais de família com a sua experiência particular

⁷⁸ CERDEIRA, A. C.: *S. Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, cit., p. 10.

⁷⁹ HÖRSTER, H. E.: “A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges”, cit., p. 106.

mas aos tribunais comuns, a lei pode ter contribuído para o surgimento de soluções díspares⁸⁰.

Há de ressaltar-se a importância às consequências determinadas pela diferente posição do indivíduo, enquanto familiar, em matéria de responsabilidade civil. Essas consequências podem ser sintetizadas na afirmação de que o sujeito goza, hoje, de todas as prerrogativas garantidas pelo ordenamento jurídico, mesmo no interior da família e, nesse sentido, as normas que tutelam a pessoa devem ser aplicadas, no círculo familiar, sem quaisquer obstáculos.

Porém, mesmo se a paz familiar saísse desprotegida, haveria que sopesar aqui o princípio fundamental da nossa ordem jurídica, segundo o qual aquele que violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a reparar os prejuízos resultantes da violação (art. 483º). Esta é, sem dúvida, uma regra de elevado valor moral e social: o sujeito deve orientar os seus atos de modo a respeitar os seus semelhantes⁸¹.

Deve, porém, o lesado provar a culpa do lesante e havendo também culpa do lesado, deverão ser aplicadas as ponderações do art. 570º.

Do mesmo modo, a doutrina consagrada no revogado artigo 1780º alínea b), relativa à exclusão do direito de requerer o divórcio, tendo havido perdão ou um comportamento equivalente, vai ter continuidade, agora sob a figura do abuso de direito, precisamente na sua forma do *venire contra factum proprium*.

Basta a culpa leve para o pedido de indemnização (art. 483º, n.º 1).

Por outro lado, se os danos sofridos forem danos não patrimoniais (ou causados pela dissolução do casamento ou por outro fato), a fixação da indemnização obedece aos critérios severos que vêm estabelecidos no artigo 486º, n.º 1: apenas deve atender-se a estes danos quando, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

⁸⁰ HÖRSTER, H. E.: “A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges”, cit., p. 107: “Visto que o n.º 1 do artigo 1792º encaminha o cônjuge lesado, que pretende a reparação dos seus danos sofridos, para o regime geral da responsabilidade civil, podíamos pensar que, desta maneira, a aplicação dos artigos 483º e ss. E 562º e SS. Elimina e supera as questões que foram objecto dos artigos 1779º, 1780º, 1786º e 1787º (os últimos três revogados). Não será assim: a modificação ou revogação das normas referidas não elimina as questões, apenas as desloca do âmbito do direito de família para o campo da responsabilidade civil. Na verdade, a nova concepção do divórcio não desresponsabiliza de todo os cônjuges, como já dissemos, e permite apurar as responsabilidades e fixar indemnizações, não sendo de excluir, todavia, que no novo regime venham surgir problemas novos”.

⁸¹ CERDEIRA, A. C. S. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, cit., p. 59.

De qualquer modo, ao aplicarem-se as normas dos artigos 483.º e 496.º, n.º 1, com todo seu alcance, acaba por cair – isto é um efeito verdadeiramente positivo – o velho princípio da fragilidade da garantia. “(Na) obrigação de indemnizar (...) (está) (...) a *sanção* para o não cumprimento dos deveres matrimoniais (...) (e) o cônjuge inocente pode pedir ao culpado uma indemnização quer pelos danos patrimoniais, quer pelos danos morais (...) e quer pelos danos resultantes directamente dos factos que servem de fundamento ao divórcio, quer pelos danos resultantes do próprio divórcio (...) esta obrigação de indemnizar se rege pelos princípios gerais da responsabilidade civil”⁸².

A conclusão de que o princípio da fragilidade da garantia caiu vale desde logo para a violação culposa dos deveres familiares pessoais mas deve valer, de modo igual, para violação culposa dos direitos familiares patrimoniais. Neste contexto e no nosso entender, as disposições do artigo 1.681.º mantêm-se como regras especiais preservadas pela nova lei e restringidos ao exercício da administração dos bens do casal.

DOMINGUES, que defendeu sua tese de mestrado na Universidade de Coimbra, assinala que “trazer os princípios da responsabilidade civil para a seara da família, importa pacificar conflitos que antes não existiam, importa aproximar o Direito da justiça e contribuir para o desenvolvimento da família, cujas bases estão sendo remodeladas ao longo do tempo, entretanto, o Direito de Família não está acompanhando tais transformações”⁸³.

B) No Brasil.

De acordo com PAULINO⁸⁴, não se pode discutir a existência de uma responsabilidade civil familiar sem antes examinar um problema que lhe é intrínseco. Trata-se da questão da compatibilidade entre uma teoria do ressarcimento do dano nas relações familiares e a repersonalização que constitui a mais marcante característica do direito de família contemporâneo.

Incorporando uma metodologia constitucionalizada do direito civil, o direito de família abandona o viés patrimonializante próprio do direito civil clássico

⁸² COELHO, F. M. P.: *Curso de Direito da Família, I, Direito Matrimonial*, Coimbra (1965): Almedina, p. 443.

⁸³ DOMINGUES, L. M. B. M.: *O Abandono Afetivo na Relação Paterno-Filial e a Possibilidade de Responsabilização civil por Dano Moral*, Tese de Mestrado defendida na Faculdade de Direito de Coimbra em 2009, p. 171.

⁸⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P.: Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar, disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 10/05/2013, às 12:45 h.

liberal e passa a valorar as relações familiares segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico nelas eventualmente envolvido⁸⁵.

EHRHARDT⁸⁶ lembra que se considerarmos o ordenamento jurídico em sua unidade e interconexões, não temos como afastar a incidência das regras atinentes à responsabilidade civil do ramo do Direito de Família, por ser integrante do mesmo sistema. Além disso, o argumento comumente empregado de que não se devem monetarizar relações afetivas, *a priori*, parece desconsiderar que originariamente o Direito de Família tinha como função precípua a defesa da integridade do patrimônio familiar, sem falar da constatação de que dispositivos que tratam de questões patrimoniais representam parte considerável de sua regulamentação.

É importante distinguir uma relação de direito de família de uma simples relação negocial no contexto de direito de família. Em relação a esta, não há qualquer controvérsia quanto à responsabilização civil dos ofensores. O que importa saber é se a mesma conduta pode ser empregada para as relações existenciais de direito de família. Em suma, não se trata de valorar economicamente situações existenciais, fixando-lhes um *quantum*, mas sim de garantir a tutela, vale dizer, proteção máxima a direitos de caráter personalíssimo.

Não percamos de vista que o grupo familiar ajuda na formação e crescimento da identidade individual, comunicação e objetivos comuns dos seus integrantes, garantindo o substrato para a consolidação do afeto e da solidariedade familiar, através do reconhecimento, tutela e da cooperação, antes mesmo que como cônjuge ou filho, como pessoa. Para P. PERLINGIERI, “o controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares se justifica se e na medida em que for feito em função da garantia dos direitos fundamentais”⁸⁷.

⁸⁵ Cf. LÔBO, P. L. N.: “A repersonalização das relações de família”, Revista Brasileira de Direito de Família, v. 6, n. 24, jun./jul., Porto Alegre (2004): Síntese/Ibdfam, pp. 152-155: “A restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia de realização da sua afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação à realidade. (...) A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário”.

⁸⁶ EHRHARDT JÚNIOR, M. A. A.: Responsabilidade Civil no Direito das Famílias: Vicissitudes do Direito Contemporâneo e o Paradoxo entre o Dinheiro e o Afeto, disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 10/05/2013, às 10:45 h.

⁸⁷ PERLINGIERI, P.: *Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro (2008): Renovar, p. 980, que acrescenta: “Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo,

Trata-se de uma mudança radical de perspectiva, segundo o qual se atribui à pessoa uma posição central no ordenamento, independentemente da titularidade de interesses patrimoniais⁸⁸; “uma clara inversão valorativa e deste modo uma nítida opção de se privilegiar o ser em detrimento do ter (...) a repersonalização ofuscando a hierarquia patrimonial”⁸⁹.

De acordo com LÔBO, no direito civil contemporâneo os interesses existenciais passam a constituir o “pressuposto nuclear de todos os direitos privados”⁹⁰, devendo portanto receber prioridade de tutela perante o ordenamento jurídico.

Se mesmo em matéria de propriedade os interesses existenciais devem prevalecer quando em conflito com os patrimoniais⁹¹, em direito de família essa diretriz assume importância ainda maior, uma vez que o conteúdo de patrimonialidade ínsito a um direito real ou de crédito encontra-se ausente. No direito das coisas ou das obrigações, trata-se de estabelecer um diálogo entre o econômico e o existencial, com a ressalva de que o último deve prevalecer quando confrontado; no direito de família, o desafio é evitar que o interesse econômico se infiltre em situações existenciais, como outrora.

Por tal razão, é extremamente natural e salutar que o movimento de reconhecimento da reparabilidade do dano familiar chame a atenção da doutrina e desperte preocupação quanto à possibilidade de um retrocesso na hierarquia dos valores tutelados no direito civil⁹².

expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular (...) A presença simultânea da responsabilidade na liberdade individual requer exigência da colaboração, da solidariedade e da reciprocidade, sem que elas cheguem a constituir um separado interesse familiar que possa ser oposto àquele individual. O interesse individual de cada familiar não pode ser pensado se não em relação àquele dos outros familiares: diante da comunhão material e espiritual, o interesse de cada um se torna, em diferentes medidas, o interesse dos outros”.

⁸⁸ MUSSO, B. S.: *Lezioni di diritto civile*. Napoli (2005): Scriptaweb, p.8.

⁸⁹ ALBUQUERQUE, F. S.: “Adoção à brasileira e a verdade do registro civil”. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte (2006): IOB-Thompson, p. 349.

⁹⁰ LÔBO, P. L. N.: “A repersonalização das relações de família”, cit., p. 145.

⁹¹ Cf. CORTIANO JÚNIOR, E.: *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro (2002): Renovar, p. 171.

⁹² Alguns autores têm manifestado expressamente este receito. *v. g.*, ANGELUCI, C. A. “Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana”, *Revista CEJ*, n. 33, abr./jun., Brasília (2006): CEJ, p. 51, e PEREIRA, S. G. “Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares”, *ADV/COAD*, jan. Rio de Janeiro (2002): COAD, p. 45.

Há de se indagar, portanto, se seria a responsabilidade civil no Direito de Família extracontratual? Considerando que os cônjuges estão vinculados por um contrato, seria necessário estabelecer diferenças de tratamento entre a responsabilidade civil nas hipóteses de união estável (situação fática, logo, regida pela lei – responsabilidade aquiliana) e de casamento (negócio jurídico – responsabilidade contratual)?

A doutrina tem bipartido as hipóteses de responsabilidade civil, tradicionalmente, em duas espécies distintas, contratual e extracontratual, conforme o direito violado danosamente tenha origem em relação contratual pré-existente entre as partes ou tenha natureza de direito absoluto⁹³.

Também neste sentido é o entendimento de RIVIELLO⁹⁴.

Existem ainda na doutrina defensores da delimitação de uma terceira espécie de responsabilidade, especialmente para disciplinar as relações familiares, como é o caso de PAULINO⁹⁵ e BAPTISTA⁹⁶. Nada obstante, uma análise mais pormenorizada demonstrará que na maioria dos casos colocados à apreciação do Poder Judiciário é possível resolver o litígio com o atual estágio de desenvolvimento dos tradicionais institutos jurídicos que disciplinam a matéria.

Certamente é possível delimitar-se um espaço próprio para a responsabilidade civil no Direito de Família, como, por exemplo, a intrincada questão da indenização por abandono afetivo. Contudo, na maioria das situações temos situações de violação a direitos personalíssimos que não estão relacionados à função que o indivíduo ocupa em sua unidade familiar. O fato de o ofensor ser filho, marido, sogra, cunhado ou outro parente

⁹³ ESPÍNOLA, E.: *Sistema de direito civil brasileiro*, 4ª ed., vol. II, Rio de Janeiro (1961): Conquista, p. 314.

⁹⁴ RIVIELLO, L.: “Danni patrimoniali”, *Tractatus dei danni: La responsabilità civile ed il danno*, Coordenador Luigi Viola, Camerino (2007): Halley, p. 300: “mentre nella responsabilità contrattuale il danno risarcibile è valutato esclusivamente in relazione all’aspettativa della prestazione rimasta insoddisfatta, nella responsabilità extracontrattuale il danno non si riferisce ad aspettative insoddisfatte verso un soggetto determinato (creditore), ma solo alla generica aspettativa di non subire danni nella propria sfera giuridica ad opera di terzi (...)”.

⁹⁵ Cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P.: *Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar*, cit., “parece, contudo, que o mais adequado é entender que a responsabilidade civil familiar não se enquadra exatamente em nenhuma das duas hipóteses. Nesta perspectiva, deve-se considerá-la como um terceiro gênero de responsabilidade, uma vez que existem deveres pré-existentes entre as partes que são violados pelo fato danoso, mas estes deveres não têm origem negocial”.

⁹⁶ BAPTISTA, S. N.: *Teoria geral do dano*, São Paulo (2003): Atlas, p. 117.

apenas agrava o contexto do dano infligido injustamente à vítima, não desnatura sua origem.

Será que todos os danos são indenizáveis? Basta o inadimplemento dos deveres decorrentes do contrato de casamento para ensejar a responsabilização civil? Seria tal ruptura um simples aborrecimento, cuja verificação, segundo jurisprudência pacífica, não configura prejuízo indenizável diante da ausência de abalo efetivo e considerável?

Um exemplo ajudará a apresentar a complexidade da questão: Se eu atraso um dia a data de entrega do contrato, cujo objeto é um bem puramente patrimonial, eu posso pleitear indenização. Trata-se de hipótese pacífica e consolidada, doutrinária e jurisprudencialmente. Mas, na relação familiar seria diferente? Seria possível isolar a responsabilidade de uma das partes ou sempre estaríamos diante da alegação de culpa concorrente, implicando, ao menos, a mitigação da responsabilidade dos envolvidos? Afinal, como bem assevera FACHIN, ao apreciar a questão da apuração da culpa nos processos de dissolução de entidades familiares, a conduta dos cônjuges “pode ser apenas sintoma do fim”⁹⁷.

Vai nesta linha o entendimento do ex-Ministro do STF, PELUSO⁹⁸.

O estágio atual de nossa codificação só admite afastar a prova da culpa, como pressuposto, vale dizer, um dos elementos de configuração do dever de indenizar, na forma do disposto no parágrafo único do art. 927 do CC/02, a saber: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Considerando que não existe lei específica tratando da matéria, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a responsabilidade objetiva dos

⁹⁷ FACHIN, L. E.: *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p. 179.

⁹⁸ PELUSO, A. C.: “A culpa na separação e no divórcio”, p. 49. *Apud* SARTORI, F. C. A.: “A culpa como causa da separação e seus efeitos”, *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*, Coordenador, Giovanni Ettore, São Paulo (2008): Atlas, p. 604: “As crises matrimoniais, e a Psicanálise também o comprova, raro são devidas a uma culpa episódica, pontual; quase sempre constituem manifestações tardias de um processo de transição e ruptura, do qual as pessoas, em geral, não têm consciência plena. Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores. Os casamentos não terminam por episódios, mas pela sua história. Parafraseando o velho Machado de Assis, o qual assegurava que a ocasião não faz o ladrão, faz o furto, pode-se dizer que a ocasião faz a crise, não a ruptura. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz”.

fornecedores pelos fatos e vícios do produto ou do serviço, conforme disciplinada pelo CDC, deveria o magistrado, v. g., considerar o casamento como atividade, por sua natureza, de risco para os direitos de outrem (esposa e filhos)?

Será que bastaria o insucesso do projeto de felicidade a-dois do casal para ensejar o dever de reparar objetivamente os danos? Apesar de ser bem clara a tendência de objetivação da responsabilidade em todos os campos, há de se destacar que permanece o elemento culpa como norma residual do sistema de responsabilidade no Código Civil (art. 186).

Se é difícil encontrar unanimidade na possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família, mesmo quando o julgador decide pelo caminho da reparação, ou melhor, pela compensação da violação injusta infligida à vítima, o assunto não resta menos tormentoso. Surge então o problema do receio de gerar enriquecimento sem causa, se é justo o receio, por consubstanciar perigo de situação que ofende a noção de justiça, igualmente ofensiva a circunstância de “não se satisfazer o interesse da vítima por conta de mero receio infundado e difuso”⁹⁹.

Há de se distinguir a pretensão a indenização em sentido estrito (*restitutio in integrum*), cuja tentativa de alcançá-la ocorre mediante pedido de reparação, do pleito de compensação pelos prejuízos verificados, situação na qual não se guarda perfeita equivalência com os danos, sobretudo por não guardar qualquer correspondência com eventuais valores patrimoniais igualmente violados. Distante da quantificação matemática, resta-nos o arbitramento do magistrado, exigindo-se uma demonstração clara e objetiva das razões do seu convencimento.

No meio de tantas indagações e incertezas, típicas de uma fase de transição, às vezes perdemos o foco da necessária proteção à vítima para sobrevalorizar o desejo de vingança contra o ofensor. Será que o melhor caminho não deve ser o da precaução, evitando-se a contaminação integral do direito das famílias num processo de precificação e estímulo ao lucro fácil?

Apesar desta preocupação legítima, a responsabilidade civil vem ganhando espaço no direito de família sob o razoável argumento de que a vedação da pretensão de ressarcimento conduziria ao absurdo de privilegiar o ofensor em detrimento da vítima. Se o exercício do poder familiar é impositivo¹⁰⁰ e o

⁹⁹ Cf. VIANA, R. L.: “A dignidade humana comporta indenização módica?” *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*, Coordenador, Giovanni Ettore, São Paulo (2008): Atlas, p.445.

¹⁰⁰ ALBUQUERQUE, F. S.: “As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa”, *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 31, ago./set., Porto

genitor se furta a ele voluntariamente, abandonando o menor nos momentos mais essenciais de construção de sua personalidade, não há como vedar *a priori* a discussão sobre o dano moral; se o respeito à integridade psicofísica de outrem é imperativo, como rejeitar liminarmente a ação de reparação proposta por um indivíduo que a teve violada por seu cônjuge?

Não se trata de valorar economicamente situações existenciais, atribuindo-lhes um preço intrínseco, mas sim de buscar a tutela dos direitos de personalidade das vítimas com os meios que temos à disposição para tanto, dentre os quais a reparação por dano moral¹⁰¹.

Admitir o contrário nos levaria, conseqüentemente, a fragilizar a eficácia da proteção da personalidade, bem como a indiretamente ressuscitar os argumentos hoje já sepultados que eram utilizados em prol da tese da irreparabilidade do dano moral¹⁰².

Alegre (2005): Síntese/IBDFAM, p. 24: “Atualmente, pelo menos, proclamando a doutrina o “direito fundamental da criança a crescer e se desenvolver na presença dos pais”.

¹⁰¹ “Se ocorrer uma lesão a um direito de personalidade ou qualquer ofensa à dignidade humana, não se pode permitir que o lesado não obtenha reparação ou compensação, sob pena de ocorrer um desequilíbrio na ordem jurídica” (TEIXEIRA, A. C. B.: “Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana”, *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 32, out./nov., Porto Alegre (2005): Síntese/IBDFAM, p. 142). A tese de que os danos morais são decorrência da violação de direitos de personalidade e não existem fora deste campo foi sustentada pioneiramente por LÔBO, P. L. N.: “Danos morais e direitos da personalidade”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6, Rio de Janeiro (2001): Padma, p. 80. Naturalmente o reconhecimento da possibilidade de reparação do dano não exclui a tutela inibitória e a necessária tutela promocional dos direitos de personalidade, sobretudo quando visualizados sob a perspectiva monista de um direito geral de personalidade, mais ampla e versátil (neste sentido, MORAES, M. C. B.: “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”, *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, jul./dez. Rio de Janeiro (2006), p. 246). Não exclui, ademais, medidas de urgência voltadas à proteção dos indivíduos postos em situação de risco, como as previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Maria da Penha. No direito italiano, tais provimentos de urgência estão bem desenvolvidos, como se vê em TRAMONTANO, L.: *Lineamenti di diritto civile*. Camerino (2006): Halley, pp.127-129; MASCIA, A.: *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*. Camerino (2006): Halley, p. 265. Especificamente sobre a medida de afastamento tem-se que “il giudice, mediante provvedimento di carattere provvisorio, può imporre a colui che ha tenuto la condotta pregiudizievole, l’allontanamento dalla casa familiare, nonché il pagamento di un assegno periodico a favore dei familiari che, a causa di talle allontanamento, restano sprovvisti di mezzi adeguati di sostentamento” (TRAMONTANO, L.: *Lineamenti di diritto civile*, cit., p. 128).

¹⁰² SANTOS, R. B. T. S. P. *Op. cit.*, p. 138; RESENDE, N. R. A.: “Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal”, *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 5, n. 21, dez./jan., Porto Alegre (2004): Síntese/IBDFAM, p. 7.

Por tais razões, a doutrina vem se estabelecendo no sentido de admitir as demandas indenizatórias quando há dano em decorrência da violação de interesses legítimos em relações de família¹⁰³.

C) Algunas breves notas sobre o sistema espanhol.

Embora não seja o tema deste estudo, como se trata de texto a ser publicado em uma revista espanhola, convém aqui fazer algumas breves considerações acerca da responsabilidade civil nas relações familiares, no sistema jurídico da Espanha.

Assim como no Brasil e em Portugal, a discussão acerca do cabimento da responsabilidade civil em decorrência de danos sofridos em uma relação familiar, no Direito espanhol, também apresenta grandes controvérsias.

O Professor BARCELÓ DOMÉNECH¹⁰⁴, reconhece a tendência espanhola de não aceitar o cabimento da responsabilidade civil nas relações familiares, mostrando, todavia, através da análise das decisões de 1999 a 2012, principalmente no que diz respeito à ocultação por parte de um cônjuge ao outro, da verdadeira filiação dos filhos, que se caminha paulatinamente para essa possibilidade.

Sustenta, ao nosso ver, de forma extremamente adequada, que apesar de não haver legislação específica que regulamente a responsabilidade civil nas relações familiares, na situação atual essa possibilidade é inafastável.¹⁰⁵

Assim como no Brasil e em Portugal, parece-nos que o enquadramento de tal responsabilidade civil, como contratual ou extracontratual é irrelevante, como a exigência que se fez, na decisão do STS, de 22 de julho de 1999, analisada pelo mencionado autor, da necessidade de existência de dolo por parte do cônjuge na imputação de filiação que não seja do marido, também

¹⁰³ Neste sentido, entre outros: LÔBO, P. L. N.: *Direito civil: famílias*, cit., p. 285; DIAS, M. B.: *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo (2007): Revista dos Tribunais, pp. 114-115 e 408.

¹⁰⁴ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar”, en *La Responsabilidad Civil en las Relaciones familiares*, Coordinador: J.A. MORENO MARTÍNEZ, Madrid (2012): Dykinson, pp. 79 – 128.

¹⁰⁵ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar”, cit., p. 83: “El Derecho de Familia, por su parte, non contiene normas particulares en materia de responsabilidad por daños. Llegamos, pues, a la conclusión de que, no siendo completo y cerrado el ordenamiento jurídico familiar, nada impide la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil.”

concordamos com o Professor espanhol no sentido de que tal exigência vai de encontro à própria natureza da responsabilidade civil.

Também nos parece adequada a interpretação que faz o Professor BARCELÓ DOMÉNECH acerca da utilização pela jurisprudência, em tais questões, ora o artigo 1.101 e seguintes, ora o artigo 1902 e seguintes, do Código Civil Espanhol, para enquadrar a responsabilidade na relação familiar, ora como contratual, ora como extracontratual, a depender do fato danoso, o que também não nos parece atender a regra imposto pelo próprio código de quem sofrer dano injusto tem o direito à reparação.

No mesmo sentido encontramos as lições de RODRÍGUEZ GUITIÁN¹⁰⁶, que ratifica a dificuldade e a excepcionalidade de se reconhecer responsabilidade civil por danos de correntes de relações familiares, chamando a atenção para as sanções própria do Direito de Família, as já acima mencionadas sanções jusfamiliares e para o perigo do retrocesso de tais discussões que acabam por ressuscitar a culpa nas dissoluções das sociedades afetivas, acaba por reconhecer a possibilidade de tal responsabilidade, embora como caráter excepcional¹⁰⁷.

O Ilustre Professor DE VERDA Y BEAMONTE, em artigo escrito juntamente com CHAPARRO MATAMOROS, apesar de identificarem as mesmas dificuldades apontadas pelos Doutrinadores anteriores, defendem o cabimento da responsabilidade civil nos casos de certos incumprimentos de deveres conjugais¹⁰⁸.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial Referencia al Ámbito de las Relaciones Paterno-filiales*, Madrid (2009): Civitas, *passim*.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial Referencia al Ámbito de las Relaciones Paterno-filiales*, cit., p. 135: “Y en materia de Derecho de Familia hoy por hoy no hay ninguna disposición legal que lo establezca, de manera que habrá que aplicar en esta esfera las normas generales de la responsabilidad civil extracontratual prevista en nuestro Código Civil, esto es, un sistema de responsabilidad subjetiva.”

¹⁰⁸ DE VERDA BEAMONTE, J. R. & CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad Civil por Incumplimiento de los Deberes Conyugales”, *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares*, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 28, Coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor (2012): Aranzadi, p. 116: “Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa en el régimen de las causas de separación y divorcio, que es lo que hace la ley 15/2005, y otra cosa, muy distinta es negar el resarcimiento de los daños morales, producidos por un incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no vemos ninguna razón consistente”. Ver también DE VERDA BEAMONTE, J. R., “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, *La Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*, Coordinador: J.A. MORENO MARTÍNEZ, Madrid (2012): Dykinson, pp. 161-194.

Os mesmos autores acima, em outro texto na mesma obra¹⁰⁹, defendem o cabimento de responsabilidade patrimonial pelos danos causados ao cônjuge guardião por parte do cônjuge que não detém a guarda, pelo incumprimento do dever de visita, assim como, menciona a possibilidade de dano por intromissão no direito de visitas de um progenitor pelo outro progenitor, questão que, com as devidas adequações, tratamos neste texto.

Embora já temos defendido o cabimento de responsabilidade civil por danos morais causados ao filho em função do descumprimento por parte da parte parental que descumpre o dever de visitas (convivência), como já mencionei neste artigo, o fato do reconhecimento pela Doutrina abalizada do cabimento de responsabilidade civil nas relações ligadas à filiação, representa uma perspectiva interessante na reparação dos danos nas relações familiares na Espanha.

Assim como nos diversos outros países que temos acompanhado o desenvolvimento deste tema, na Espanha também se apresenta a necessidade de melhor se sistematizar a responsabilidade civil nas relações familiares, quer para evitar a monetarização de tais relações, através de uma exacerbada quantidade de danos tanto patrimoniais e extrapatrimoniais que cujas indenizações serão postuladas na justiça, quer para evitar que um dano anormal, grave e especial sofrido por uma pessoa, em decorrência de uma relação familiar, deixe de ser reparado com o fundamento hoje inconsistente da existência das sanções próprias do Direito de Família e em favor da “paz familiar”.

Como menciona BARCELÓ DOMÉNECH ¹¹⁰, há necessidade de se propor a elaboração de uma teoria geral de responsabilidade civil no Direito de Família, como forma de melhor sistematizar uma responsabilidade civil tão específica.

¹⁰⁹ DE VERDA BEAMONTE, J. R. & CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad por Intromisión Ilegítima en las Relaciones entre Padres e Hijos,” *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Número 28, Coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor (2012): Aranzadi, pp. 337-362.

¹¹⁰ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar”, cit., p. 86: “Como forma de superar las disputas acerca de las diferentes responsabilidades, se propone la elaboración de una teoría general de la responsabilidad en el Derecho de Familia, distinta de la responsabilidad en materia de obligaciones y comprensiva, al igual que ésta, de responsabilidad por daño patrimonial e por daño moral”.

2. Responsabilidade Civil na alienação parental.

A) Em Portugal.

Não encontramos na doutrina portuguesa o desenvolvimento do tema da responsabilidade civil na alienação parental.

Acerca, porém, da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, nos pareceu de extrema relevância a doutrina do professor ATAÍDE¹¹¹, em texto publicado em revista dedicada ao professor doutor Luis Alberto Carvalho Fernandes, onde o autor sustenta que a proteção jurídica entre familiares não pode, “no mínimo, ser inferior àquela de que os lesados beneficiariam se as mesmas ofensas fossem cometidas entre estranhos”.

Para o autor, no âmbito das relações familiares, quaisquer atos que lesem bens jurídicos nucleares dotados de proteção absoluta (vida, liberdade, integridade física e moral, pudor e honra), não estão só sujeitos às sanções jus-familiares, mas também às consequências ressarcitórias aplicáveis a idênticas lesões praticadas no trato social, independentemente da possibilidade de outras sanções, como as criminais, por exemplo.

O campo das relações familiares em geral e das paterno-filiais, em especial, impõem uma acentuada densificação dos deveres gerais de conduta que prescindem ao relacionamento social comum, o que lhes reforçam e estendem, para que possam atender às suas próprias finalidades institucionais.

Estando demonstrados os requisitos que justifiquem a inibição do poder paternal, ou das providências específicas previstas no artigo 1918.º, o ilícito paterno-filial pode preencher, cumulativamente, as “condições delituais comuns que determinam a constituição da obrigação de indemnizar (artigos 483.º a 489.º e 562 e seguintes)”¹¹².

Evidencia-se, também nessa particular questão, a controvérsia acerca da possibilidade de responsabilização civil nas relações paterno-filiais, quando para tais existem sanções específicas no Direito de Família.

¹¹¹ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Lisboa (2010): Universidade Católica Editora, p. 337.

¹¹² ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 339.

Ao que nos parece, também para a doutrina portuguesa, a preservação da paz interna e a suficiência das sanções jus-familiares e penais aplicáveis a esses casos, já não se coadunam com a revisão crítica realizada pelas transformações sociais das últimas décadas.

Nas relações paterno-filiais, especificamente, a regra da imunidade encontrava guarida no “jus corrigendi”, que previa que deveria prevalecer a isenção de responsabilidade, porquanto o poder punitivo atribuído aos progenitores era passível de legitimar certas violações a direitos fundamentais dos filhos, o que acabou por vir de encontro ao artigo 69.º, n.1, da CRP, que protege as crianças do exercício abusivo da autoridade na família e demais instituições.

A filosofia das providências familiares, quer nas relações de conjugalidade, quer nas relações paterno-filiais, “visa, então, remediar situações que se tornaram intoleráveis, permitindo a sua modificação ou cessação, conforme a gravidade das ofensas, sem que assumam sequer verdadeiro carácter sancionatório -muito menos ressarcitório- mesmo numa óptica exclusivamente familiar”¹¹³.

As respostas jus-familiares e a responsabilidade civil são dispositivos cumuláveis, não “existindo entre eles qualquer nexos exclusivo, que se traduza em relações de especialidade, consumpção, subsidiariedade ou alternatividade”¹¹⁴.

Para ATAÍDE, estamos no campo das relações obrigacionais de base legal – sem deveres principais de prestação – necessariamente heterônima, em oposição às que decorrem de fonte negocial, ao abrigo da autonomia privada, o que justifica, com maior razão, a observância de deveres reforçados de cuidado e lealdade, de forma a evitar-se a lesão dos interesses pessoais e patrimoniais situados fora do perímetro contratual. Não representa, portanto, violência conceitual enquadrar as obrigações paterno-filiais como deveres de proteção, salvaguardando as “devidas distâncias dogmáticas entre aqueles deveres legais de “pura água” e estes últimos, de natureza híbrida, porque embora indirecta e mediatamente procedentes de um acto praticado ao abrigo da autonomia privada, acabam por ser impostos por via heterônima, uma vez que tanto o início de negociações como a próprio contrato acabam

¹¹³ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 343.

¹¹⁴ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 344.

por funcionar, quanto a eles, como genuínos factos jurídicos em sentido estrito”¹¹⁵.

O artigo 181.º, OTM, ao conceder a qualquer dos progenitores e ao próprio menor uma pretensão indenizatória no caso de violação do que foi acordado ou decidido, pressupõe um prejuízo patrimonial sofrido com o incumprimento, cuja falta teve que ser coberta pelo outro progenitor.

O ilícito paterno-filial, por incumprimento dos deveres funcionais que compõem o seu conteúdo, revela-se, por conseguinte, idóneo para gerar danos em bens jurídicos alheios ao instituto, convocando, nessa medida, o fenómeno do concurso de regras, em função de um ilícito que violou cumulativamente deveres absolutos impostos para a defesa dos bens da personalidade e os deveres relativos que integram o poder paternal¹¹⁶.

B) No Brasil.

A Lei 12.318/2010 dispõe em seu art. 6º medidas a serem tomadas para coibir a alienação parental, sem qualquer prejuízo da responsabilidade civil.

Ressalte-se a importância dessa Lei, pois além de sistematizar legislativamente acerca da alienação parental, o que ainda não ocorreu em outros sistemas, trouxe, pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro, a previsão expressa da possibilidade de responsabilidade civil por dano decorrente de uma relação familiar, embora remetendo tacitamente para as regras gerais da responsabilidade civil, o que não deixa de ser, indubitavelmente, um avanço em relação à possibilidade de reparação de tais tipos de danos.

Portanto, cabe destacar que tanto o pai quanto a mãe alienados sofrem danos morais, seja pela imagem denegrida ou pela restrição de se conviver com o filho, como ainda pela perda de afetividade do filho injustificadamente, isso é um mínimo de dignidade, por esta razão passível de responsabilização pelo genitor alienador¹¹⁷.

¹¹⁵ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 345 e 348.

¹¹⁶ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 351 e 353.

¹¹⁷ Cf. OLIVEIRA, C. N. P.: *Alienação parental: ilícito civil hábil a ensejar um dano de ordem moral e uma consequente reparação pecuniária*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28874>. Acesso em: 19 de maio de 2013, às 14:00 h.: “Outrossim, no tocante a prática ativa e nefasta da alienação parental, a situação muda de contexto, tornando o dano moral indenizável na prática de conduta alienadora, afinal, aqui há uma prática ilícita, culpável, ativa, geradora de dano, constituindo

Entretanto, o dano não se configura só pelo genitor alienado, mas pelo filho que também foi privado de conviver com o pai e que teve a sua integridade psíquica e moral atingidas, por falta de liberdade de pensamento e pelas influências de “falsas memórias” implantadas pelo genitor alienador, que formarão sua personalidade e identidade.

O Estatuto da criança e adolescente (ECA), Lei Federal nº 8.069, é enfático ao citar em seu art. 15 alguns direitos da criança e adolescente “à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

O dever do genitor alienador de indenizar pelos danos causados às vítimas, ainda que inexista lei específica que a regulamente, toma-se por base a lei genérica de responsabilidade civil, restando a iniciativa da população para que se possa efetivar o direito.

Entende-se que tanto na Alienação Parental, quanto na Síndrome decorrente desta, tanto a criança e/ou o adolescente, quanto o genitor alienado, devem ser reavidos de seus direitos e indenizados, pelo dano moral, pois, ambos sofrem consequências negativas, o primeiro pela implantação de “falsas memórias” para renegar o genitor alienado, causador de transtornos mentais, o segundo pela desmoralização da imagem da vítima decorrente da Alienação, ambos ferindo a dignidade da pessoa humana.

A respeito do trauma dos pais abandonados pelos filhos por causa da Síndrome de Alienação Parental, DE PINHO conclui que: “A perda de uma criança nesta situação pode ser mais dolorosa e psicologicamente devastadora para o pai-vítima do que a própria morte da criança, pois a morte é um fim, sem esperança ou possibilidade para reconciliação, mas os “filhos da Alienação Parental” estão vivos, e, conseqüentemente, a aceitação e renúncia à perda é infinitamente mais dolorosa e difícil, praticamente impossível, e, para alguns pais, afirma o ilustre psiquiatra, “a dor contínua no coração é semelhante à morte viva”¹¹⁸.

Sendo certo que caracteriza a prática de alienação parental ou conduta que dificulte a convivência paterno-filial, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal.

os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil”.

¹¹⁸ PINHO, M. A. G. *Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em: 20 de maio de 2013, às 11:00 h.

Não raro, é o guardião que impede o direito de visitas do outro genitor, por vingança, decorrente de sentimento de abandono pela separação, e não raro, do inadimplemento da obrigação alimentar.

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional de uma criança. “Ela acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça”¹¹⁹.

Dispõe o artigo 3º, da Lei nº 12, 310, de 2010, que a prática da alienação parental fere o direito fundamental que o menor tem de convivência familiar saudável e constitui abuso moral contra a criança.

Ressalte-se que o direito de convivência, para além de ser um direito fundamental, é um direito fundamental de primeira geração, como já tivemos a oportunidade de assinalar¹²⁰.

Segundo OLIVEIRA, “essa situação, portanto, gerará um dano de ordem psíquica no menor (síndrome da alienação parental), o qual passará a ter um sentimento negativo com relação ao alienado. E este, por seu turno, sofrerá com a perda da afetividade de seu filho, ocasionada, propositadamente, pelo alienante. “Além dos aspectos criminais da nefasta atitude (o que não será abordado neste momento), não resta dúvida do grandioso ilícito civil praticado, tanto em detrimento do menor como do genitor alienado”¹²¹.

Em muitos casos, tais abusos resultam em maus-tratos em relação aos filhos menores, que podem ser: “1) físicos; 2) emocionais; 3) abusos sexuais; e 4) intoxicações propositais, que ocorrem na família, em escolas e em instituições. Podem ser por ação ou omissão, e, nesses casos, se caracterizam como negligência”¹²²

O exercício da autoridade parental em desconformidade com a sua função caracteriza abuso de direito, o que – nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do

¹¹⁹ DIAS, M. B.: *Manual de Direito das Famílias*, cit., P. 117.

¹²⁰ PAES DE LIRA, W.: “Direito da Criança e do Adolescente como Direito Humano Fundamental”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Anais do VI Congresso*, Belo Horizonte (2008): Del Rey, p. 437.

¹²¹ OLIVEIRA, C. N. P.: *Alienação parental: ilícito civil hábil a ensejar um dano de ordem moral e uma consequente reparação pecuniária*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28874>. Acesso em: 19 de maio de 2013, às 14:00 h.

¹²² GRUNSPUN, H.: *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo (2000): LTr, p. 127.

Código Civil brasileiro – se traduz em ato ilícito gerador de responsabilidade civil.

No que preconiza o artigo 186, do Código Civil, quando disciplina acerca de ato ilícito, assim como, amoldasse a previsão do artigo 927: aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano ao outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, considerando os princípios da responsabilidade civil: ação humana, ilicitude, nexos causal e culpa, bem como demonstrado o efetivo dano, estaria o alienante obrigado a reparar o dano causado ao filho e ao genitor alienado.

Destarte, os fardos carregados pelo menor e pelo genitor alienado concretizam, indubitavelmente, gravíssimas lesões de várias ordens, devendo ocorrer a reparação civil pelo agente causador.

A presença de todos os requisitos, na hipótese de incidência da alienação parental, é indiscutível.

Nesse diapasão, conclui-se que o genitor que impede ou dificulta o convívio do filho com o outro genitor, além das consequências previstas na Lei da Alienação Parental, também poderá ser responsabilizado civilmente.

C) A natureza do dano e o valor da indenização.

Com respeito aos demais pressupostos para a responsabilidade civil, nos parece não haver controvérsias, já que a alienação parental se apresenta como um ato ilícito, como já visto, havendo necessidade de um elemento subjetivo, dolo ou culpa, e de um nexo de causalidade entre a conduta do alienador e o resultado danoso.

Nem toda alienação parental gera necessariamente dano, até porque, mesmo tendo existido, pode ter sido combatida na esfera do Direito de Família, sem que o dano venha a ser concretizado.

Com respeito ao dano, porém, este pode se apresentar em suas diversas espécies.

Pode haver dano patrimonial, quando a parte alienada sofrer prejuízos materiais, como consultas médicas, medicamentos, tratamento psicológico ou psiquiátrico, entre outros.

Pode haver dano moral, e seguindo a linha da autonomia e da especificidade, também pode haver dano biológico e dano existencial.

Vale lembrar que o defesa absoluta de que o menor seja ouvido nas questões de exercício de responsabilidades parentais, o que só não deveria ocorrer em casos excepcionais, como defende SOTTOMAYOR¹²³, é matéria também discutível pois a oitiva do menor em juízo, pode gerar um dano por si só, já que em regra o judiciário não está apto para esse tipo de oitiva, podendo causar mais prejuízos do que benefícios para os menores, como demonstra o desembargador CEZAR¹²⁴.

Sem querer trazer grandes discussões acerca da autotomia de tais danos, nos parece importante ressaltar a presença dos mesmos nas relações paterno-filiais, de acordo com os ensinamentos de ATAÍDE.

Fazendo uma evolução do dano à vida de relação ou dano à vida em sociedade, até o dano existencial, ATAÍDE, informa que o dano à vida de relação “compreende-se, assim, a seqüela física ou psíquica, que determina uma dificuldade especial de se relacionar com terceiros, causando uma alteração indirecta na sua capacidade de obter rendimentos”, o que vinculava tal dano como um “verdadeiro dano patrimonial¹²⁵”.

Para o mesmo autor, o dano existencial, que constitui uma ampliação do conceito de dano à vida de relação, com a particularidade de não ser, agora, necessário, “para sua configuração, que o prejuízo cause desvantagens econômicas à vida¹²⁶”.

O dano existencial passou, assim, a ser entendido como dano autônomo, quer em relação ao dano moral, quer em relação ao dano biológico, já que neste, a lesão da integridade físico-psíquica é o próprio evento constitutivo

¹²³ SOTTOMAYOR, M. C.: *Regulação do Exercício das responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª Ed., Coimbra (2011): Almedina, p. 110.

¹²⁴ Cf. CEZAR, J. A. D.: *A Inquirição de Crianças Vítimas de Abuso Sexual em Juízo*, Coimbra (2012): Almedina, p. 76: “primeiramente, por não ser da tradição nacional que os agentes jurídicos indispensáveis à produção válida da prova tenham capacitação para ouvir crianças, mais ainda crianças abusadas sexualmente. Da mesma forma que as normas processuais não diferenciam os depoimentos prestados em processos por crianças ou por adultos, os agentes jurídicos não estão preparados para trabalhar diretamente na coleta dessa prova, eis que lhes faltam conhecimentos técnicos sobre os diferentes estágios de desenvolvimento infantil, bem como, especificamente, no delito de abuso sexual, como é a *dinâmica* deste, o que é *síndrome do segredo*, *síndrome da adição*, e assim por diante”.

¹²⁵ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Lisboa (2010): Universidade Católica Editora, pp. 357 e 358.

¹²⁶ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 359.

do fato lesivo à saúde, ao passo que o dano moral subjetivo é uma das possíveis consequências, ao lado de outras, como o próprio dano patrimonial.

Passou-se então a reconhecer genericamente o dano biológico como qualquer lesão da integridade físico-psíquica, medicamente comprovável, “com repercussões prejudiciais de carácter extra patrimonial, na esfera de atividades do lesado, acabando por absorver modalidades anteriormente elaboradas”¹²⁷, como o dano estético, por exemplo.

A ideia nuclear do dano existencial foi aplicada em Portugal (STJ 26-05-2009), no caso em que, em decorrência de grave acidente de viação, um homem de 30 anos ficou impossibilitado de fruir sua vida normal, incluindo sua realização conjugal, reconhecendo o Tribunal que o direito à sexualidade do cônjuge e o projeto de vida de ter um segundo filho, justificavam, igualmente, uma avultada indenização por danos não patrimoniais.

O dano existencial tem suscitado maior contencioso, no campo do poder paternal, inclusive, no direito/dever de visita enquanto instrumento de preservação dos laços afetivos entre pais e filhos nos casos em que cessou a comunhão de vida familiar¹²⁸.

De todo modo, a cabal compreensão dessa convergência hodierna requer um prévio e sumário enquadramento histórico que contextualize a respectiva formação e desenvolvimento, de forma a, por fim, se estabelecer a devida articulação com a proteção da personalidade no quadro das responsabilidades paterno-filiais¹²⁹.

A assistência material, moral e espiritual dos progenitores participa do dever educativo que lhes é imposto pelo artigo 36.º n.º 5, da CRP, constituindo elementos indispensáveis na formação dos menores. O regular relacionamento dos filhos com ambos os genitores representa, assim, uma condição necessária da sua equilibrada maturação, comprometida pelo abandono das responsabilidades parentais, com reflexos profundamente negativos no desenvolvimento da sua personalidade emocional.

¹²⁷ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 360.

¹²⁸ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 372.

¹²⁹ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 374.

O diligente cumprimento dos deveres paternos não dispensa, pois, a convivência regular e o amparo afetivo e psíquico, imprescindíveis ao normal desenvolvimento humano dos filhos, nomeadamente, no quadro da dissolução das sociedades afetivas, podendo o problema assumir uma inafastável importância em torno do direito/dever de visita daquele a quem a guarda não foi confiada, seja por incumprimento deste último, seja pelos obstáculos colocados ao respectivo pelo outro, o que pode caracterizar, nesta hipótese, alienação parental.

A relação saudável com ambos os progenitores carecem de especial atenção por parte dos operadores do Direito, como determina o artigo 1906.º n.º 1 e 3, do Código Civil Português.

As consequências indenizatórias, porém, só devem ser aplicadas quando se mostre consumada a “dissolução dos laços afectivos por lesão culposa das obrigações paternas”, de que haja resultado sério e manifesto prejuízo para os filhos. Quer isto dizer que, a aplicação de tais consequências reparatórias parece não deve dispensar o preenchimento dos pressupostos mais graves que justificam a inibição do poder paternal ou o “decretamento das providências a que se refere o artigo 1918.”¹³⁰.

O valor da indenização também não é matéria fácil de ser resolvida.

Com respeito ao dano patrimonial, nem tanto, pois o *quantum* será o que for comprovadamente despendido.

Mas sendo o dano moral, biológico ou existencial, que devem ser devidamente comprovados por laudos periciais, o valor da indenização, em favor dos ofendidos, ficará a critério do Magistrado, o qual, com base nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, deverá levar em consideração a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a teoria do desestímulo (coibir a reincidência) e a capacidade econômica do ofensor.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A evolução da família trouxe para seara jurídica novos problemas que passaram a exigir novas soluções.

No que diz respeito a questão da responsabilidade civil nas relações familiares, a questão é saber se tal aplicação, como solução imediata, como

¹³⁰ ATAÍDE, R. P. C. M.: “Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada”, cit., p. 407.

vem sendo utilizado em alguns casos, é uma boa solução para a pacificação de tais conflitos, ou se ao contrário, não tem gerado novos conflitos.

Não estamos a defender que os danos gerados nas relações familiares não devam ser indenizados, pois temos a consciência de que as soluções do âmbito restrito das sanções jus-familiares, em muitos casos, não são suficientes para reparar danos, muitas vezes, extremamente significativos na esfera jurídica da pessoa, principalmente ferimentos a direitos de personalidade.

A questão é saber se o Direito de Família pode também evoluir para aprimorar suas sanções de modo a tornar ainda mais excepcional a aplicação da responsabilização civil através da indenização? Ou se há de haver uma interação hodierna entre o Direito de Família e a responsabilidade civil no intuito de garantir a indenização pecuniária de tais danos sofridos.

SCHREIBER lembra a isonomia entre os cônjuges e a importância do papel dos filhos nas relações familiares, trouxe à tona novos conflitos, cujas soluções se buscam através da indenização, “tais tentativas são vistas, em geral, como polêmicas por associarem uma resposta monetária – à qual a responsabilidade civil não precisa estar tão vinculada – com a convivência existencial típica do fenômeno familiar¹³¹”.

A previsão expressa, tanto na legislação portuguesa (incumprimento das responsabilidades parentais), quanto na brasileira (alienação parental) de possibilidade de responsabilização civil, independentemente das sanções civis e/ou penais previstas, pode estimular uma busca imediata pela indenização, o que em vez de resolver tais conflitos, podem, ao contrário, acentuá-los.

É certo que não se tem notícias de uma procura acentuada por indenizações decorrentes de alienação parental, nem no Brasil, nem em Portugal, mas tal fato se deve, em grande medida, pela própria dúvida em se aceitar e se trabalhar com essa ideia nova para a jurisprudência que é a existência da alienação parental em si.

Parece-nos, porém, que é uma questão de tempo, para que se sedimente os contornos desse instituto na doutrina e na jurisprudência, para que se inicie um processo de busca por indenizações decorrentes de alienação parental, o que nos parece perigoso, e pode ser, por si só, um veículo para a própria alienação parental.

¹³¹ SCHREIBER, A.: *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 4ª Ed. São Paulo (2012): Atlas, p. 99.

Claro que, como vimos, os danos decorrentes de tal comportamento são graves e muitas vezes permanente, não devendo ser afastada a possibilidade de indenização de tais danos, até porque, como já dito, estão vinculados a importantes direitos de personalidade e como tais, direitos fundamentais.

A questão é o Estado movimentar estruturas e criar mecanismos para, no disciplinamento e acompanhamento do exercício das autoridades parentais, evitar que ocorram tais casos de alienação, ou se ocorrerem, por inevitáveis, que sejam corrigidos antes da ocorrência de danos irreversíveis, e não permitir que a solução recaia na via cômoda da indenização.