



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUIZA LEAL LAGE**

**RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO  
PARENTAL**

Salvador  
2013

**LUIZA LEAL LAGE**

**RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO  
PARENTAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Camilo de Lelis Colani  
Barbosa

Salvador  
2013

**TERMO DE APROVAÇÃO****LUIZA LEAL LAGE****RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO  
PARENTAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013

Dedico este trabalho à memória do meu avô, Walmon Lage Martins, modelo de ser humano, que sempre me incentivou e acreditou nos meus sonhos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus pais, Henrique e Luciana, que acreditaram nos meus objetivos e seguiram comigo em mais esta batalha, pela oportunidade, carinho e todos os esforços empenhados para esta conquista. Agradeço também aos meus irmãos, Fernanda e Guilherme, pelos ensinamentos ao longo da minha vida.

Agradeço aos meus avós maternos, Aydil e Miralvo (*in memoriam*), e paternos, Zeneida e Walmon (*in memoriam*), pois eles me ensinaram sobre família e acreditaram nas minhas propostas. Agradeço imensamente à “Bibi”, minha bisavó de vida e coração, pela experiência, alegrias e momentos que dividiu comigo.

Agradeço à Roberta, por segurar minha mão nesses últimos momentos, em que, pelo cansaço, pensei em desistir. Agradeço também aos meus familiares e amigos, porque sou um pouco de cada um de vocês.

E, por último, agradeço ao meu orientador, Camilo Colani, pela imensa ajuda na procura pelo tema perfeito e por todo o conhecimento que me foi passado.

"Não devemos moldar os filhos de acordo com os nossos sentimentos; devemos tê-los e amá-los do modo como nos foram dados por Deus."

Goethe, Johann

## RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de tratar da aplicação do instituto da Responsabilidade Civil nos casos de Alienação Parental. A Alienação Parental é cada vez mais freqüente nas famílias brasileiras, e se caracteriza pela interferência do genitor-alienador na esfera psicológica do menor, criando uma figura maléfica do genitor-alienado. O alienador, movido por instintos de vingança, usa dos filhos comuns ao outro genitor visando fazer cessar os elos afetivos entre eles, causando grande sofrimento. Dessa forma, o alienador ao consumir a alienação parental, causa danos tanto à prole quanto ao outro genitor, que se depara com a impossibilidade de convivência com o seu próprio filho. A responsabilidade civil é um instituto que traz a ideia de restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. A responsabilidade é um aspecto da realidade social, de modo que toda atividade que cause prejuízo a outrem traz em seu bojo a ideia de responsabilidade civil. Destina-se, pois, a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial da vítima em razão do dano causado pelo autor, seja ele decorrente de ato lícito ou de ato ilícito, visto que a ninguém é dado o direito de causar dano a outrem. Assim, discute-se a possibilidade e a eficácia da aplicação do instituto da responsabilidade civil na alienação parental, buscando desvendar se a indenização no direito de família possui os efeitos a que se destina, qual seja, trazer a vítima ao estado *quo ante* ou indenizá-la, ou se essa aplicação apenas colabora para a patrimonialização do afeto nas relações familiares.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Relações familiares. Alienação Parental. Responsabilidade Civil. Patrimonialização.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
des.	desembargador
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Rel.	Relator
Min.	Ministro



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2 FAMÍLIA</b>	<b>12</b>
2.1 ORIGEM HISTÓRICA	12
2.2 CONCEITO	16
2.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA	16
<b>2.3.1 Família Matrimonial</b>	<b>17</b>
<b>2.3.2 Família pela União Estável</b>	<b>17</b>
<b>2.3.3 Família Homoafetiva</b>	<b>18</b>
<b>2.3.4 Família Monoparental</b>	<b>18</b>
<b>2.3.5 Família Parental</b>	<b>18</b>
<b>2.3.6 Família Pluriparental</b>	<b>18</b>
<b>2.3.7 Família Paralela</b>	<b>19</b>
<b>2.3.8 Família Eudemonista</b>	<b>19</b>
2.4 AFETIVIDADE	19
2.5 PODER FAMILIAR	21
2.6 GUARDA DOS FILHOS MENORES	24
<b>2.6.1 Guarda Alternada</b>	<b>26</b>
<b>2.6.2 Guarda Compartilhada</b>	<b>26</b>
<b>2.6.3 Guarda Unilateral</b>	<b>26</b>
2.7 FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA	27
2.8 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	28
<b>2.8.1 Dignidade da Pessoa Humana</b>	<b>29</b>
<b>2.8.2 Solidariedade Família</b>	<b>30</b>
<b>2.8.3 Pluralismo das entidades familiares</b>	<b>30</b>
<b>2.8.4 Proteção Integral da Criança, do Adolescente e do Jovem</b>	<b>31</b>
<b>2.8.5 Proibição do retrocesso social</b>	<b>31</b>
<b>2.8.6 Responsabilidade parental</b>	<b>31</b>
<b>3 ALIENAÇÃO PARENTAL</b>	<b>31</b>
3.1 CONCEITO	31
3.2 PERSONAGENS	33
<b>3.3.1 Alienador</b>	<b>33</b>

<b>3.3.2 Alienado</b>	<b>34</b>
<b>3.3.3 Criança ou adolescente</b>	<b>35</b>
3.4 CARACTERIZAÇÃO	35
3.5 MOTIVAÇÃO	36
3.6 CONQUÊNCIAS	38
<b>3.6.1 Síndrome da Alienação Parental – SAP</b>	<b>38</b>
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	<b>38</b>
4.1 CONCEITO	38
4.2 ACEPÇÕES DA RESPONSABILIDADE	39
4.3 DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
4.4 FUNDAMENTOS	41
4.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	43
<b>4.5.1 Quanto ao seu fato gerador</b>	<b>43</b>
<b>4.5.2 Quanto ao fundamento</b>	<b>44</b>
<b>4.5.3 Quanto ao agente</b>	<b>44</b>
4.7 A CULPA	45
<b>4.7.1 Conceito</b>	<b>45</b>
<b>4.7.2 Elementos</b>	<b>46</b>
<b>4.7.3 Espécies</b>	<b>47</b>
4.7.3.1 Culpa grave, leve e levíssima	47
4.7.3.2 Culpa contratual e extracontratual	47
4.7.3.3 Culpa <i>in vigilando, in eligendo e in custodiendo</i>	48
4.7.3.4 Culpa presumida	48
4.7.3.5 Culpa contra a legalidade	48
4.8 A CAUSALIDADE	48
<b>4.8.1 O liame de causalidade</b>	<b>48</b>
<b>4.8.2 As excludentes de ilicitude</b>	<b>50</b>
4.9 O DANO	53
<b>4.9.1 Conceito</b>	<b>53</b>
<b>4.9.2 Espécies</b>	<b>53</b>
<b>4.9.3 O dano material</b>	<b>54</b>
<b>4.9.5 O dano moral</b>	<b>54</b>
<b>5. REPARAÇÃO CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL</b>	<b>56</b>
<b>6. CONCLUSÃO</b>	<b>62</b>

## 7. REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

A família, tida como base da sociedade, é, pois, o núcleo fundamental em que se inicia a organização social, e por este motivo recebe a proteção integral do Estado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que elencou os princípios do direito a convivência familiar saudável e da dignidade da pessoa humana, a entidade familiar passou a gozar de proteção cada vez mais ampla, muito porque o conceito de família também foi ampliado no decorrer do desenvolvimento das sociedades.

À luz da significativa mudança nos paradigmas que circundam a família, como o fortalecimento dos laços de afeto entre os genitores ou guardiães e o menor, foi promulgada a lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental, cujo objetivo é minimizar os prejuízos psicológicos causados por essa prática a esses seres humanos em desenvolvimento.

O presente estudo tem por objetivo analisar se é possível condenar o genitor que foi responsável pela prática da alienação parental, ou seja, o genitor/guardião que causou o afastamento entre sua prole e o genitor alienado. No presente, são considerados os requisitos para configuração da responsabilidade civil e os deveres inerentes à paternidade responsável, tentando, com isso, diminuir o sofrimento causado ao filho e ao genitor privado do convívio familiar pela falta de afeto.

O estudo acerca do tema responsabilidade civil por alienação parental é de extrema importância na atualidade, ainda mais após o advento de lei própria que dispõe sobre o tema. Isto posto, deve-se levar em consideração a grande quantidade de casos envolvendo a prática da alienação parental.

Esse aumento significativo no número de casos acerca da alienação parental é resultado do aumento do número de dissoluções das uniões conjugais e das separações familiares, que culminam no aumento do número de menores que ficam sob a guarda de somente um dos genitores.

Estes genitores, muitas vezes, não elaboram o luto da separação, fazendo surgir um sentimento de raiva em relação ao outro, o que o leva a dificultar a convivência do filho com o antigo cônjuge ou companheiro.

No primeiro capítulo do presente trabalho, o objetivo é tratar acerca das generalidades sobre a família na sociedade brasileira, suas concepções e mudanças

de paradigmas, trazendo à tona seus princípios basilares. Visa, ainda, demonstrar que em toda configuração de família é possível ocorrer a prática da alienação parental. O capítulo trata, então, da formação da família até sua eventual dissolução, momento em que, geralmente, ocorre o início da prática de atos que configuram a alienação parental.

No segundo capítulo, o tema central é a própria alienação parental, cujo objetivo é tratar acerca da configuração do referido instituto e como ele se origina. Além disso, é importante destacar neste capítulo o detalhamento dos personagens que compõem o quadro típico da alienação parental e suas características principais, bem como a descoberta e caracterização da SAP, ou seja, da Síndrome da Alienação Parental, doença que acomete aqueles que são instrumentos da alienação e os próprios alienados, resultando em prejuízos gravíssimos às estruturas psicológicas dos envolvidos.

O terceiro capítulo tem por objetivo trazer a forma atual de reparação de danos no direito civil brasileiro, aqui entendido como indenização dos prejuízos causados pela prática da alienação parental. O tema objeto do capítulo é a própria responsabilidade civil e todos os seus pressupostos, características, aceções e possibilidades, merecendo especial destaque a responsabilização por dano moral.

## **2 FAMÍLIA**

### **2.1. ORIGEM HISTÓRICA**

O acasalamento sempre existiu entre os seres humanos, seja pela perpetuação da espécie, ou pelo simples fato de não existirem sozinhos. Desta forma, mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que há a união de indivíduos por uma questão biológica, é certo que as famílias surgem deste ponto, ou seja, são estruturas de formação espontânea no meio social.

Apesar de ser um agrupamento informal de pessoas, essa estrutura que é a família deve ser regulada pelo Direito. Isto porque, considerando que a lei vem sempre após a realidade fática, ela congela essa realidade como molde para regulamentação. De

modo que, qualquer alteração desta realidade influencia, diretamente, na lei, pois esta cumpre função conservadora.<sup>1</sup>

O ser humano nasce, em regra, dentro do seio familiar, e isto é um fato, sendo a família uma estrutura básica social. É neste meio que vão acontecer fatos elementares para a vida do homem, desde o seu nascimento até a sua morte. Além disso, é neste grupo que se inicia a modelagem das personalidades e potencialidades do homem com o objetivo de conviver em sociedade buscar a realização pessoal.

É, aliás, neste ambiente que o homem se distingue dos demais animais, visto que está suscetível às escolhas, formando grupos que tragam aos membros a capacidade de se desenvolverem pessoalmente. O homem é capaz de escolher os membros que farão parte do seu grupo, a partir do quanto foi desenvolvido nele na estrutura primária familiar.

Em sua origem, pois, a família não tinha um significado ideal, assumindo apenas uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade, visto que a união entre pessoas ocorria em razão de negócios entre famílias, visando sempre a proteção da propriedade, embora, eventualmente, as uniões pudessem ser acompanhadas de afeto. A família romana é uma unidade produtiva comandada pelo pai, gerente “de fundo patrimonial”<sup>2</sup>. Atualmente é que a família assumiu uma concepção múltipla, dizendo respeito a indivíduos ligados por laços sociais e afetivos. De um paradigma para outro decorreu muito tempo, e muitas mudanças sociais foram necessárias.

Assim, tem-se, pois, que a família é uma construção cultural<sup>3</sup>, e dispõe de uma estrutura psíquica na qual todos ocupam um lugar e possuem uma função. Daí se dizer que a família é a primeira convivência social do homem, sendo esta capaz de prepará-lo para viver em sociedade, ocupando lugares e exercendo funções em prol de um grupo social.

No mundo contemporâneo, a família, então, abandona um caráter natural (considerando apenas a perpetuação da espécie) e assume nova feição, pautada em fenômenos culturais. Esta é a razão pela qual Rodrigo da Cunha Pereira afirma

---

<sup>1</sup>AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Casamento: instituição em xeque**. In: SOUZA, Ivone. M. C. Coelho de. **Casamento: uma escuta além do judiciário**. Florianópolis. 2006; P. 31.

<sup>2</sup>BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. P. 09

<sup>3</sup>DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010. P.27

se tratar de “uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*”<sup>4</sup>.

Diante disso, Elisabete Dória Bilac<sup>5</sup> destaca a necessidade de “uma abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto em nossos dias”, dada a complexidade natural do tema.

Ocorre que o intervencionismo estatal instituiu o casamento como a convenção social capaz de organizar os vínculos entre as pessoas. E, como a própria organização da sociedade ocorre em volta da estrutura familiar, a sociedade, em determinado momento histórico, estabeleceu que o casamento seria uma regra de conduta<sup>6</sup>. Esta foi a forma encontrada para evitar que o homem, em sua busca por prazer, fizesse do outro um objeto.

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para serem aceitos socialmente, bem como para terem o reconhecimento jurídico devido, necessitavam da chancela do matrimônio. Porém, essa visão não resistiu à ida das mulheres ao mercado de trabalho em plena revolução industrial, por conta da necessidade de mão de obra. Além disso, com a mudança das famílias do campo para as cidades, os membros começaram a conviver mais estreitamente, passando a se valorizar muito mais os vínculos afetivos do que a necessidade do casamento<sup>7</sup>.

Diante disso, o afeto como base para formação da família não é necessário apenas no momento da celebração do matrimônio, ao contrário, deve perdurar por todo o tempo em que a relação dure, o que possibilita concluir que cessado o afeto, a dissolução da entidade familiar é a única forma de garantir respeito à dignidade das pessoas envolvidas, vez que se tem aqui a ruína da base familiar, que é o próprio afeto.

Assim, é necessário se compreender a família de acordo com os movimentos sociais ao longo do tempo, visto que, conforme dito, a família é um fenômeno cultural. É inegável, portanto, a impossibilidade de se fixar um modelo familiar uniforme atualmente, isto porque, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de Família: uma abordagem psicanalista**, 4ª Edição, Editora Forense. 2012. P. 35

<sup>5</sup> BILAC, Elisabete Dória, **Família: algumas inquietações** In CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). A família contemporânea em debate, São Paulo, 2008. P. 37.

<sup>6</sup> *Op. Cit.* P. 36

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010. P. 28

revolução industrial, apresenta-se uma evolução histórica intimamente ligada as transformações dos fenômenos sociais.

O esqueleto da família passa a ser o afeto e a solidariedade social, em razão dos novos valores que inspiram a sociedade. Conforme ensinamento de Cristiano Chaves de Farias<sup>8</sup>, a arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”.

Ao se deixar de compreender a família como núcleo econômico e reprodutivo, passa-se para uma compreensão sócia afetiva da entidade familiar. Abandona-se o casamento como o referencial necessário de família para buscar a proteção e o desenvolvimento do homem, com base no princípio da Dignidade da pessoa humana, trazido pela Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Neste passo, é necessário reconhecer que além do modelo tradicional de família (aquele matrimonializado), qualquer outro arranjo familiar é capaz de cumprir a função destinada a este núcleo social, sendo capaz de transmitir cultura (pois é produto desta, inclusive), bem como, ser responsável pela formação da dignidade da pessoa humana. Assim, os Tribunais brasileiros já vêm reconhecendo que a presença do afeto caracteriza um grupo como entidade familiar, merecendo, pois, a proteção do Direito de Família, conforme jurisprudência abaixo<sup>9</sup>:

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.

---

<sup>8</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: Famílias**, Editora JusPodivm, 2012. P 40

<sup>9</sup>TJ/RS, Ag. 599075496, Ac. 8ª Câmara Civil, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, j. 17.6.99, in RTDC 2: 155



Composta por seres humanos, a família passa a se apresentar de tantas formas quantas forem possíveis de se relacionar, expressando afeto. Enfim, a família não traz consigo a ideia de inalterabilidade conceitual, ao contrário, seus elementos fundamentais variam de acordo com os valores predominantes em cada momento histórico.

## 2.2 CONCEITO

Família é qualquer relação de pessoas ligadas por laços consanguíneos, de afinidade ou de afetividade. Houve, assim, uma nova personalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas, como o afeto, respeito, amor, confiança, etc.

Tendo a família a possibilidade de assumir diversas formatações, sem deixar de ser reconhecida como tal, também o direito das famílias precisa ter uma esquematização cada vez mais abrangente e elástica. E, corroborando o exposto, tem-se que o Direito de Família vem para enumerar os institutos que regulam essas relações pautadas no afeto ao qual a doutrina, lei e/ou jurisprudência conferem o título de entidade familiar.

Diante disso, e conforme ensina Maria Berenice Dias<sup>10</sup>, a família não está em decadência, ao contrário, é o resultado das transformações sociais.

## 2.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA

No contexto do mundo globalizado, como é possível concluir de tudo o quanto exposto até agora, ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação desse conceito.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010. P 34

<sup>11</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **O companheirismo**, 2ª Edição, Editora RT, 2002. P. 89

O pluralismo das relações familiares<sup>12</sup> trouxe mudanças significativas para a sociedade. Com o fim da exclusividade da ideia de família através do matrimônio, o reconhecimento de outras estruturas de convívio operou grande transformação na família.

A CF/88, retratando os fatos da vida, conferiu reconhecimento como entidade familiar a outras instituições, como a união estável e a família monoparental. Porém, é importante frisar que se trata de um rol exemplificativo, em função da interpretação de que qualquer entidade que tenha como base o afeto, e que tenha objetivos em comum e solidariedade familiar, deve ser considerada como família, e, como tal, merece a proteção do Direito de Família.

O retrato da família moderna mudou-se, sendo seu principal papel o de fornecer suporte psicológico e afetivo aos seus membros. Assim, a família-instituição deixou de existir para dar lugar à família-instrumento, de modo a contribuir tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes quanto para o desenvolvimento de toda a sociedade.<sup>13</sup>

Segundo Maria Berenice Dias<sup>14</sup>, são exemplos de entidades familiares já reconhecidas atualmente, conforme a seguir demonstrado:

### 2.3.1 Família Matrimonial

A Igreja Católica consagrou a união entre homem e mulher como algo indissolúvel, atribuindo à família a função de perpetuar a espécie, com o fim de povoar o mundo de Cristãos. Esta concepção nasceu numa época em que Estado e Igreja estavam unidos, tendo a última grande poder sobre o primeiro. Assim, o Estado solenizou o casamento como uma instituição e o regulamenta através de uma série de normas e procedimentos. A família, aqui, é aquela advinda do casamento (atualmente podendo ser religioso ou não), de natureza patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual.

---

<sup>12</sup> *Op. Cit.*. P. 41

<sup>13</sup> GUAZZELLI, Mônica, **O princípio da igualdade aplicado à família**. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado 2004, coordenação Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno, "Direitos Fundamentais do Direito de Família" P 331

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010. P. 44

### **2.3.2 Família pela União Estável**

Trata-se da união estável, que é uma entidade familiar reconhecida pela CF, em que há todas as obrigações decorrentes do casamento, sem a realização das formalidades necessárias para o matrimônio. Tanto é assim que é previsto que deve haver facilidade em converter a união estável em casamento. Para tanto, faz-se necessária uma convivência pública, duradoura, estável e com *animus* de constituir família.

### **2.3.3 Família Homoafetiva**

São as famílias formadas por casais do mesmo sexo. Anteriormente, essas relações eram vistas como sociedade de fato, a fim de resguardar apenas o patrimônio construído pelos companheiros. Atualmente, são reconhecidas como entidades familiares, sendo, portanto, objeto de análise pelo Direito das Famílias, principalmente após julgamento do STF que reconheceu a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo por unanimidade<sup>15</sup>.

### **2.3.4 Família Monoparental**

É a comunidade formada entre um dos dois pais e seus descendentes, conforme art. 225, § 4º. O nome vem da necessidade de destacar a presença de um só dos pais na titularidade do vínculo familiar.

### **2.3.5 Família Parental**

É o nome atribuído às famílias formadas por parentes ou não, que convivem juntos dentro de uma estruturação com igualdade de objetivos.

---

<sup>15</sup> STF, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011. unanimidade.

### **2.3.6 Família Pluriparental**

É a família formada entre pessoas com multiplicidade de vínculos, geralmente em razão da ambigüidade de compromissos, casamentos, dissoluções e “não-matrimonializações”. Geralmente são formadas por filhos individuais de cada uma das partes que formam o casal, bem como pelos filhos em comum que ambos tiveram.

### **2.3.7 Família Paralela**

São famílias que não são reconhecidas pela lei, mas que, considerando a realidade fática, existem e precisam ser regulamentadas. Assim, a repulsa a vínculos concomitantes não exclui a sua existência, como é o caso do concubinato adulterino, São relações que repercutem no mundo jurídico, já que os companheiros convivem, geralmente têm filhos e há construção de um patrimônio em comum.

### **2.3.8 Família Eudemonista**

É o nome dado à tendência atual de se identificar uma família por seu envolvimento afetivo. Assim, a família eudemonista enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade.

É mister destacar que este rol apresentado é exemplificativo, e que todas estas entidades, dentro de uma perspectiva contemporânea (e considerando tudo o quanto exposto até o momento), deveriam ser tuteladas pelo Direito de Família, pois todas são pautadas na idéia de afeto e solidariedade familiar.

Assim, o mais importante de tudo o quanto exposto é saber que a família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de afeto. No momento em que o formato hierárquico da família foi democratizado, em que as relações são de igualdade e de respeito mútuos, não existem mais razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais para a excessiva ingerência do Estado na vida das pessoas, salvo em casos especiais e distribuídos uniformemente, como nos casos dos impedimentos matrimoniais, previstos no CC.

## 2.4 AFETIVIDADE

Trata-se não apenas de um tópico, mas sim, de um princípio norteador do Direito de Família. O reconhecimento da união estável, união homoafetiva, da família monoparental, e da igualdade entre os filhos, dentre outros exemplos, são formas de se reconhecer o afeto como fonte principal do direito de família. Isto porque, a existência desses laços não vem da biologia, mas derivam da convivência familiar. Deste modo, reconhecer a pluralidade de entidades familiares é uma forma clara de reconhecer que, modernamente, o vínculo afetivo é o que determina as relações familiares, merecedor, portanto da tutela do Direito de Família.

Contudo, o afeto não deve ser visto unicamente como uma liberdade individual, uma vez que se desenvolve e evolui como uma relação social, gerando direitos e obrigações acerca de vários bens, quais sejam: alimentos, moradia, saúde, etc. Deste modo, a afeição, através de sua função social inerente, evolui para além do direito individual e entra na dimensão dos direitos sociais.

Justamente porque o afeto tem função social, gerando responsabilidade social, a Constituição Federal abrigou a união estável e a família monoparental, o que não a impede de reconhecer outras categorias de família geradas pelo afeto, a exemplo da família homoafetiva (entre pessoas do mesmo sexo).

No que concerne à atual função social da família, a Constituição Federal preconiza os fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

“Art. 226.

[...]

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

Art. 227.

[...]

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Assim, claro está que o que une as pessoas, atualmente, é o afeto. São os laços de sentimento que fazem com que as pessoas se unam e formem laços familiares. Os laços de sangue ainda são válidos, e formam uma família, mas não são os únicos a unir pessoas para formar uma entidade familiar, e essa realidade é reconhecida doutrinária e jurisprudencialmente, além de estar clara na legislação brasileira, ainda que a palavra “afeto” não seja mencionada literal e claramente.

## 2.5 PODER FAMILIAR

A expressão “poder familiar” é relativamente nova, e veio substituir a ideia de pátrio poder. Isto porque esta última expressão remonta aos tempos do direito romano, em que as sociedades eram patriarcalistas. O chefe das entidades familiares, que apenas poderia ser um homem, possuía direito absoluto e ilimitado sobre os filhos e sobre a mulher.

Assim, por se tratar de um termo extremamente machista, embora para a época não o fosse (sendo esta uma visão de acordo com os novos paradigmas), o movimento feminista veio para trazer novas feições a esse poder existente dentro do seio familiar. Além da emancipação da mulher, o princípio da igualdade entre os filhos também veio retirar a ideia de poder do pai, para trazer a ideia de poder da família.

O instituto do pátrio poder também trazia em seu bojo a ideia de dominação da família, em que apenas o pai tomava as decisões sobre os rumos que a família deve tomar, sobre o futuro da mulher e dos filhos. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a essência deste instituto também mudou, juntamente com sua nomenclatura, sendo então sinônimo de proteção, em que os pais, conjuntamente, possuem direitos e deveres para com os filhos. Assim, conforme destaca Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>16</sup>, o interesse dos pais está condicionado ao interesse dos filhos, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta sua autoridade familiar.

Porém, é importante destacar que esse poder familiar não é ilimitado, tendo o Estado o papel de intervir para fixar limites à atuação do poder familiar. Inclusive, em

---

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Do poder familiar**, In: *Direito de família e o novo Código Civil*. DIAS, Maria Berenice Dias; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001 P. 178

muitos casos é até salutar a intervenção do Estado nessas relações, sempre objetivando tutelar o melhor interesse para os menores.

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas materiais, mas também, e principalmente, no campo afetivo<sup>17</sup>. Desta forma, esse poder-dever conferido aos pais é composto por uma série de atitudes com o fim de alcançar o desenvolvimento pleno e a formação integral dos filhos, sendo a autoridade parental um mecanismo para instrumentalizar os direitos fundamentais dos menores.

O poder familiar é “irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal e socioafetiva, e as obrigações que dele fluem são personalíssimas”.<sup>18</sup> E, como esse poder é exercido igualmente pelos genitores, independe, aqui, se existe sociedade conjugal entre ambos.

O encargo deve ser exercido por ambos os genitores, pois decorre da paternidade ou da filiação, e nada tem a ver com existência de casamento ou união estável. Assim, solvido o relacionamento dos pais, não há qualquer interferência no poder familiar com relação aos filhos, conforme dizeres do art. 1.632 do CC:

“Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Assim, a falta de convivência sob o mesmo teto de ambos os genitores não limita ou exclui o poder-dever dos pais, salvo quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. Desta forma, não ocorre limitação à titularidade do encargo, apenas restrição ao exercício do mesmo.

Além disso, em caso de dissolução, vindo um dos genitores a contrair novo casamento ou união estável não implica em perda do poder familiar, não cabendo, inclusive, a interferência do novo cônjuge ou companheiro neste quesito. Isto é o que está disposto no art. 1.636 do CC:

“Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.”

---

<sup>17</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função Social da Família**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 200. P. 147

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010. P. 414

Em virtude do poder familiar, o CC elenca sete hipóteses de responsabilidades que competem aos pais, quais sejam:

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

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

Porém, é mister destacar que esse rol não é taxativo, e é importante lembrar que essas obrigações e direitos devem ser somados à todos os outros que também são derivados do poder familiar, como o disposto no ECA e na CF.

Considerando que o Estado também tem o dever de interferir nesta relação para regulá-la, ainda que em casos de extrema necessidade, apenas para os casos de defesa do menor em situações em sua integridade física ou psíquica esteja ameaçada, o mesmo deve fiscalizar o exercício deste poder. Inclusive, o Estado pode suspender ou determinar a extinção do poder familiar, quando um dos genitores (ou ambos) deixar de cumprir com um dos deveres inerentes a esse poder-dever, mantendo comportamentos que possam prejudicar os menores.

A suspensão ou extinção do poder familiar não tem um caráter punitivo aos genitores, mas sim visa preservar os interesses do menor, afastando-os de situações nocivas, que coloquem em risco sua dignidade. Neste caso, é mister destacar que havendo a possibilidade de recomposição dos laços afetivos, deve-se fomentar este comportamento.

A ideia de fiscalização efetiva do Estado é tão importante, que Maria Berenice Dias destaca que:

“Ainda que decline a lei causas de suspensão e de extinção do poder familiar, são elas apresentadas de forma genérica, dispondo o juiz de ampla



liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais”.<sup>19</sup>

Assim, claro está a importância dada ao exercício consciente e efetivo deste poder-dever, e, ainda, que o fato de se tratar de relação privada não impede uma ação fiscalizatória por parte do Estado. Ao contrário, por se tratar de relações que interferem diretamente no bem estar do menor, é de extrema relevância a atuação do Estado, possuindo meios amplos para adotar as medidas que entender serem a que melhor protegem o interesse do menor, inclusive, suspendendo ou destituindo esse poder-dever.

A suspensão do poder familiar é medida menos grave, estando, inclusive, sujeita à revisão, uma vez que, superadas as causas que provocaram sua adoção, pode ser suspensa, e a convivência familiar ser restabelecida. Já a perda deste poder traduz-se em uma medida mais grave, imposta por sentença judicial, e corresponde ao desrespeito a um dever mais relevante<sup>20</sup>, A perda desse poder ocorre quando:

“Art. 1.638 do CC. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Assim, claro está que o que une as pessoas, atualmente, é o afeto. São os laços de sentimento que fazem com que as pessoas se unem, e formem laços familiares. Os laços de sangue ainda são válidos, e formam uma família, mas não são os únicos a unir pessoas para formar uma entidade familiar. Essa realidade é reconhecida doutrinária e jurisprudencialmente, além de estar clara na legislação brasileira, ainda que a palavra “afeto” não seja mencionada literal e claramente.

## 2.6 GUARDA DOS FILHOS MENORES

A família será dissolvida, seja pela morte de um dos cônjuges ou pela separação. O Direito Civil Brasileiro regula esta dissolução, tanto do ponto de vista do direito de

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010, P. 423

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010, P. 427

família, quanto, também, pelas questões sucessórias em casa de morte. A regulação pelo direito de família diz respeito, principalmente, à pessoa dos filhos menores.

Deve-se levar em consideração que a criança e o adolescente (o menor) é um ser em formação, e o momento da dissolução é sempre algo difícil a ser enfrentado. Em meio a um turbilhão de decisões a se tomar, é necessário ainda estabelecer a guarda desse menor, sempre com base no melhor interesse do mesmo.

Assim, por estar pautada no melhor interesse do menor, a guarda não é estabelecida com base em que não teve culpa na dissolução da entidade familiar, mas sim quem tem melhor condição de cuidar deste menor. Assim é o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves<sup>21</sup>: “Não mais subsiste, portanto, a regra do art. 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.”

E complementa:

“Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela maiores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano (...). A regra inovadora amolda-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, § 2º), em razão da ratificação pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/89.”<sup>22</sup>

Assim, é necessário que a guarda seja estabelecida de maneira a resguardar na maior medida do possível o desenvolvimento da personalidade dos menores, protegendo seus direitos fundamentais, humanos e da personalidade.

Antes da dissolução da entidade familiar, a guarda é exercida por ambos os pais com relação aos filhos menores, e quando ocorre a separação é necessário se definir quem será incumbido do exercício da guarda, cabendo ao outro o direito de visita.

Como bem pontua Maria Berenice Dias:

“Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais”.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 6, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2012. P. 264

<sup>22</sup> *Idem*. P. 265

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das famílias**, 6ª Edição, Editora RT, 2010. P. 433

É neste diapasão que dispõe o Código Civil:

“Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

A fixação da guarda do menor pode ser feita pelos genitores, ou atribuída pelo juiz no bojo do processo, sempre com a anuência do Ministério Público. O Código Civil dispõe que:

“Art.1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe”.

Neste sentido, são as seguintes as modalidades de guarda, a seguir expostas.

### 2.6.1 Guarda Alternada

Aqui, o menor passa um tempo com um dos genitores e depois com o outro. Conforme ensina Grisard Filho, "não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno".<sup>24</sup> Esse é o fator que tem levado os tribunais a não serem adeptos desta espécie de guarda, visto que o menor perde o seu ponto de referência, já que em um período de tempo deve se adequar ao modelo de vida de um dos genitores, e em outro período a de outro do genitor.

### 2.6.2 Guarda Compartilhada

É a atribuição da guarda do menor a ambos os genitores. Ensina Caio Mário da Silva Pereira<sup>25</sup>:

Embora a criança tenha o referencial de uma residência principal, fica a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas. A intervenção do Magistrado se dará apenas com o objetivo de homologar as

<sup>24</sup> FILHO, Waldir Grisard, **Guarda Compartilhada**, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2002, P. 190

<sup>25</sup> PEREIRA, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. V, 25ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2012. P. 299

condições pactuadas, ouvindo o Ministério Público. Conscientes de suas responsabilidades quanto ao desenvolvimento dos filhos, esta forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas.

### 2.6.3 Guarda Unilateral

É a guarda atribuída a apenas um dos genitores ou a um terceiro que substitua os pais. O outro cônjuge possui, então o direito de visitar o menor. Esta modalidade apresenta um problema, que é o fato de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Carlos Roberto Gonçalves ainda ressalta que “fica afastada, assim, qualquer interpretação o sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros”.<sup>26</sup>

É o que dispõe o art. 1583 do Código Civil:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

## 2.7 FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Todo e qualquer instituto tem de cumprir uma função, que precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de ocorrer uma desvirtuação do mesmo da orientação geral do sistema jurídico. Desta forma, a aplicação das normas de Direito de Família tem de estar em sintonia com o tom garantista e solidário da CF/88.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Curso de Direito Civil**, v. 6, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2012. P. 267

Conforme ensinam Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro Santos Guerra, “deve-se buscar nos princípios constitucionais, o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização”<sup>27</sup>.

Diante disso, é correto assegurar que a família é espaço de integração social, aliás, geralmente o primeiro deles na vida de uma pessoa, devendo ser um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros.

Assim, dentro desta ideia, o não atendimento da função social desta entidade poderá implicar efeitos jurídicos negativos entre as partes interessadas, conforme ensinam também Guilherme Calmon Nogueira e Leandro Santos Guerra<sup>28</sup>.

## 2.8 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Todo esse novo modo de ver o Direito, aqui incluindo o Direito de Família, vem da Constituição Federal, pois esta é uma carta recheada de princípios, que impôs eficácia a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, conforme ensina Paulo Bonavides<sup>29</sup>.

Com a constitucionalização do Direito Civil como um todo, o positivismo tornou-se insuficiente<sup>30</sup>, isto porque as regras jurídicas mostraram-se limitadas para atender aos comandos constitucionais. Considerando o princípio da interpretação conforme a Constituição, todas as normas devem ser interpretadas conforme a lei maior, e, assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal brasileiro.

---

<sup>27</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função Social da Família**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 200. P. 126

<sup>28</sup> *Idem*, P. 127

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, P. 237

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991. P. 19

Os princípios, assim como as regras, são normas jurídicas. Ocorre que os princípios possuem alto grau de generalidade e são mandatos de otimização<sup>31</sup>. É dizer, os princípios consagram valores, de modo que requerem interpretação para serem aplicados, e, além disso, devem ser observados e aplicados em maior medida.

As regras se subordinam aos princípios, e, entre eles, não há subordinação, de modo que, se forem conflitantes, haverá uma ponderação entre os mesmos, assim, o melhor a ser aplicado ao caso concreto vingará e o outro será apenas afastado no caso em análise, todavia nunca perdendo sua força. Ao contrário, nos casos em que ocorrer conflitos entre regras e princípios, as regras são afastadas, e podem, inclusive, deixar de serem aplicadas ou serem modificadas, para contemplar os valores sociais expressos pelos princípios.

Porém, não se pode confundir princípios constitucionais e princípios gerais do direito. Os últimos são preceitos extraídos implicitamente da legislação<sup>32</sup> e devem ser invocados quando há lacunas na lei. Já os princípios constitucionais pairam sobre toda a organização jurídica, visto que a norma constitucional encontra-se no vértice do sistema.

É no direito de família onde mais se sente os efeitos dos princípios, visto que os mesmos não podem se afastar da concepção atual de família, que vem mudando com o tempo. Porém, é difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito de família, visto que doutrina e jurisprudência vem reconhecendo a existência de inúmeros princípios.

O certo é que existem princípios gerais, que se aplicam a todos os ramos do direito, e princípios especiais, que só são específicos do ramo do direito de família. Assim, e considerando a existência de inúmeros princípios, cabe destacar alguns, aqui considerados como relevantes para o trabalho em questão, senão vejamos.

### **2.8.1 Dignidade da pessoa humana**

É o princípio fundante do Estado Democrático de Direito. Com ele houve uma opção expressa da Constituição pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P. 84

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2010. P.18

sua personalidade. Assim, ocorreu a mudança de foco do patrimônio para a pessoa em todos os ramos do direito, de modo a colocar a pessoa humana no centro da proteção do Direito.

Segundo Sérgio Resende de Barros, “o Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território”<sup>33</sup>.

Assim sendo, é direito de todos formar sua família nos moldes que lhe tragam felicidade e realização da sua esfera íntima e pessoal, bem como, inclusive, desfazer os laços conjugais, no momento em que os mesmos estiverem afligindo sua existência, consagrando assim o direito à pluralidade familiar e ao divórcio.

### **2.8.2 Solidariedade Familiar**

Solidariedade é o que uma pessoa deve à outra. Este princípio gera deveres recíprocos entre os integrantes do grupo família, inclusive poupando o Estado de ter de prover uma gama de direitos que são garantidos constitucionalmente, isto porque cabe primeiramente à família, depois à sociedade, e, por último, ao Estado garantir a prioridade dos interesses da criança e do adolescente, conforme disposto no art. 227 da CF, a saber:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

### **2.8.3 Pluralismo das entidades familiares**

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, ampliou-se a possibilidade de arranjos familiares. Assim, excluir do âmbito da juridicidade as entidades familiares que se compõem a partir do afeto é ser conivente com a injustiça.

---

<sup>33</sup> BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**, de. *Sérgio Resende Barros*, in ANAIS do IV CONGRESSO DO IBDFAM, Ed. Del Rey, Belo Horizonte. P. 48

#### **2.8.4 Proteção integral a criança, adolescente, jovem e idoso**

Este princípio leva em consideração a vulnerabilidade destas pessoas, em razão do estágio de vida em que se encontram, fazendo jus à tratamento especial e prioritário. Neste sentido, defende-se que o Estado deve se movimentar no sentido de garantir a estas pessoas todo o leque de direitos e garantias fundamentais trazidos pela CF/88. Além disso, a implementação deste rol deve ser garantido de forma prioritária pela família.

O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Assim sendo, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto o Estatuto do Idoso, consagram microssistemas de proteção a essas pessoas, consagrando uma série de direitos e garantias que devem ser observados pela sociedade, contendo normas de caráter material e, inclusive, processual, no caso do ECA.

#### **2.8.5 Proibição do retrocesso social**

A consagração da igualdade entre cônjuges, filhos e entre entidades familiares constitui tanto uma garantia fundamental quanto um direito subjetivo<sup>34</sup>. Diante disso, existe uma proibição a limitações ou restrições por parte da legislação ordinária. Quando o Estado, em sede Constitucional, garante direitos sociais, surge, além de uma obrigação positiva de efetivar tais direitos, uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar sua realização.

#### **2.8.6 Responsabilidade parental**

Impõe especial atenção ao comportamento das pessoas que compõem o núcleo familiar. Assim sendo, a Lei 12.318/10 regulamentou a chamada alienação parental, que é caracterizada pela interferência na formação psicológica da criança promovida por quem tenha este menor sob sua guarda, para repudiar o outro genitor. Assim,

---

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Volume XVI. São Paulo: Editora Atlas, 2003. P. 132



trata-se a perturbação da relação afetiva existente entre o menor e um membro de sua família. Por estes princípios, todos os membros da familiar possuem responsabilidade na manutenção do convívio familiar interno, ainda que a entidade familiar reste desfeita.

### 3 ALIENAÇÃO PARENTAL

#### 3.1 CONCEITO

A alienação parental constitui uma espécie de lavagem cerebral em crianças ou adolescentes, em que o guardião realiza a implantação de memórias não existentes para afastar este menor de outro genitor ou membro da família. Esta prática geralmente é muito utilizada como uma espécie de vingança privada, onde aquele que detém a guarda do menor utiliza este último como arma para atingir outrem (geralmente ocorre entre pais, nos casos em que um não aceita ou culpa o outro pelo fim da relação, utilizando esse menor para causar mal ao seu ex-companheiro).

A implementação dessas falsas verdades acaba por causar no menor um sentimento de abandono afetivo por parte daquele contra quem a alienação é praticada, causando-lhe a sensação de que não é querido pelo outro. Acreditando em tudo que foi dito em desfavor do outro parente, o menor passa então a rejeitá-lo e, em casos graves, romper de uma vez para sempre o vínculo familiar.

Dimas Messias de Carvalho define a ocorrência da alienação parental quando:

“o filho afasta-se de um dos pais, ou ambos, e de seus parentes próximos, como os avós, tornando-os cada vez mais distantes, alheios, ao ponto da criança ou adolescente tornar-se órfão de pai ou pais vivos”<sup>35</sup>

Já Caetano Lagrasta Neto, desembargador do TJ de São Paulo, define alienação como sendo:

“lavagem cerebral ou programação das reações da criança ou do adolescente pelo alienador, contrárias, em princípio, ao outro genitor, ou às

---

<sup>35</sup> CARVALHO, Dimas Messias, **Adoção, Guarda e Convivência familiar**, Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2013. P. 91

peças que lhes possam garantir o bem-estar e o desenvolvimento, inculcando-lhes sentimentos de ódio e repúdio ao alienado.”<sup>36</sup>

O fenômeno da alienação parental é definido por Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis como sendo a implantação no filho de ideias e memórias com relação ao outro genitor, afastando-o do convívio social:

“Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o falso intuito de supostamente proteger o filho menor, como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho”<sup>37</sup>

Diante disso, é possível verificar que se torna pacífico na doutrina a ideia de que a alienação parental é um comportamento utilizado pelo guardião, geralmente um dos genitores, de convencimento gradual do menor de que o outro responsável, e as demais pessoas ligadas a ele. Este comportamento faz com que o menor tenha sentimentos antagônicos com relação ao seu outro responsável, como amor e ódio, por exemplo, e que, em determinadas situações, o menor se convença destas falsas verdades, afastando-se de parte de sua família, perdendo essa referência tão importante para o desenvolvimento da criança.

Considerando esse quadro de referências, não poderia ser outra a definição da alienação parental pela lei 12.318/2010:

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

É importante destacar ainda um importante aspecto trazido pela lei que trata da alienação parental, qual seja, a abertura do leque de causadores da alienação parental. Assim, embora esta prática seja adotada principalmente pelo pai responsável pela guarda da criança, ela também pode ser adotada por qualquer membro da família ou responsável pelo menor, e pode, ao mesmo tempo, ter como alvo qualquer outro membro, e não apenas o outro pai do menor.

Cumprido ressaltar a importância deste dispositivo, visto que a proteção contra esta prática foi ampliada a todos que convivem com o menor. Assim, a responsabilização desta prática também foi ampliada, já que o rol de autores e de vítimas é bastante

<sup>36</sup> NETO, Caetano Lagrasta, **Grandes temas de Direito de Família e Sucessões/Coordenadores Regina Beatriz Tavares da Silva, Theodureto de Almeida Camargo Neto**, São Paulo. Editora Saraiva. 2011. P. 47

<sup>37</sup> FIGUEIRADO, Fábio Vieira e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011. P. 43 e 44

amplo. É possível se inferir que a intenção do legislador foi aumentar a possibilidade de proteção ao menor, estendendo aos demais conviventes com o menor a possibilidade de serem penalizados por esta prática, sempre com vistas à melhor proteção do menor, garantindo-lhe uma infância e uma adolescência saudável.

## 3.2 PERSONAGENS

### 3.3.1 Alienador

É o pai ou responsável que realiza a prática de implementação de falsas memórias no menor. Geralmente, é o responsável que fica com a guarda permanente do deste.

O alienador atua de forma a causar uma efetiva equivocidade de percepção no alienado quanto aos elementos que compõem a personalidade da vítima (outro parente), fazendo este menor acreditar que o outro genitor não o ama mais ou pode lhe causar algum mal. O fenômeno da alienação parental normalmente surge após uma ruptura da relação familiar em que há separação da sociedade conjugal, em que uma das partes não está confortável com o fim da relação.

Esse desconforto gera para aquele que se sente injustiçado com o fim do relacionamento um sentimento de vingança para com o outro, já que o primeiro não tinha interesse no fim desta sociedade conjugal. Diante disso, surge para aquele que não queria a extinção da relação um sentimento de vingança, visando fazer com que o outro também sofra com o fim da relação. Para tanto, a arma capaz de causar maior estrago em menor tempo é utilizar o menor, que, ao se afastar do outro genitor, causa neste um sofrimento imensurável.

Assim, o alienador é aquele que pratica atos buscando separar o menor de outro parente, geralmente seu outro genitor, com a ideia de se vingar deste último.

### 3.3.2 Alienado

Cumpra esclarecer, inicialmente, que há divergência na doutrina sobre quem seja de fato o alienado. Isto ocorre porque a lei que trata da alienação parental define o alienado como sendo o outro parente que sofre com a prática dos atos de alienação, e não o menor em si. Porém, parte da doutrina, como Fábio Figueiredo e Georgios Alexandridis, entende que alienado é aquele que percebe a realidade de forma equivocada por estar influenciado pelas ideias e falsas realidades incutidas em seu inconsciente, de modo que o alienado, nesta hipótese, seria o menor.

“Note-se que em que pesa a própria lei denomine aquele que sofre a alienação de alienado, não entendemos como adequada a referida denominação, eis que alienado é aquele que tem percepção equivocada sobre os fatos, e isso é o que ocorre com o menor”<sup>38</sup>

Neste trabalho, entende-se alienado como sendo aquele outro genitor que sofre com a alienação parental, estando de acordo, pois, com a denominação utilizada pela legislação vigente.

Assim, o alienado seria aquele que é vítima da alienação parental, ou seja, o outro genitor ou responsável que tem o convívio com o menor rompido por prática de atos abusivos do outro genitor ou responsável, o alienador. É o alienado que sofre os danos de não pode conviver com o menor, ou, em casos mais graves, os danos de ser acusado de atos que não praticou, como o abuso sexual do menor.

Os laços do alienado com o menor se tornam mais frouxos com o passar do tempo e à medida que as práticas da alienação parental se tornam mais intensas, até que, caso nada seja feito, sejam rompidos para sempre. Isto causa verdadeiro abalo, às vezes irreparável, à sua esfera psíquica.

---

<sup>38</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011. P. 46

### 3.3.3 Criança ou adolescente

A criança ou adolescente é a arma utilizada pelo alienador para praticar os atos de alienação parental. É nele que são incutidas as falsas verdades e a percepção errônea da realidade por parte do alienador.

No entanto, cabe destacar que o menor é aquele que mais sofre com toda a prática da alienação parental, visto que é obrigado a afastar-se de seu outro genitor ou responsável, alguém por quem, até então, tinha verdadeira afeição e amor, passando a desenvolver sentimentos antagônicos pelo genitor. Por conseguinte, se afasta do seu convívio, bem como é impedida de expressar qualquer sentimento, pois, se fizer poderá aborrecer o alienador, e ser abandonado afetivamente por este.

A alienação parental ocorre quando o filho afasta-se de um dos pais, ou de ambos, e de seus parentes próximos, tornando-se cada vez mais distante. E, de tanto serem induzidos e manipulados, os menores possuem medo de falar suas vontades e passam a repetir ideias pejorativas e falsas acusações contra o outro genitor, ainda que aparentemente o faça de modo autônomo, longe da presença física do genitor alienador, como se as ideias fossem dele originalmente.

## 3.4 CARACTERIZAÇÃO

A alienação parental é uma atuação inquestionável de um sujeito, o alienador, na prática de atos que envolvem uma forma depreciativa de lidar com um dos genitores. Trata-se, por tanto, de atuação do alienador que busca atrapalhar a formação da percepção social do menor.

Diante disso, caracteriza-se como a implementação falsa da realidade com relação ao menor e seu outro genitor ou responsável, o que acaba por afastar o menor do convívio social, e trazendo diversas sequelas para o menor e para o alienado.

Conforme parágrafo único do art. 2º da Lei 12.318/2010, são exemplos de práticas de atos de alienação parental:

“Art. 2º - Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

### 3.5 MOTIVAÇÃO

Diversas podem ser as causas para que o alienador promova a alienação parental. Necessário se faz destacar que a configuração deste ato prescinde de consciência por parte do alienador de seus atos de alienação, de modo que mesmo que o alienador não tenha a real dimensão do significado dos atos que vem praticando, a alienação pode estar configurada, sendo passível de tutela pelo judiciário, conforme ensinam Fábio Viera e Georgis Alexandridis<sup>39</sup>.

Conforme ensina Maria Berenice Dias<sup>40</sup>, na maior parte das vezes, a prática da alienação parental surge quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o fim da relação, fazendo surgir um sentimento de vingança com relação ao outro. Esse desejo de se vingar faz com que seja desencadeado um processo de destruição, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge.

Porém, existem outras causas que a doutrina também aponta como sendo precursoras da prática da alienação, conforme ensinamento de Priscila Corrêa de

---

<sup>39</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011. P. 47

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, P. 455 e 456.

Fonseca<sup>41</sup>. Assim, temos que um dos motivos pelos quais há a prática da alienação seja o interesse do responsável que se encontra com a guarda do menor que o mesmo não conviva com o novo cônjuge do outro responsável, sendo irrelevante, para isso, que esses novos conviventes tenham sido, ou não, responsáveis pelo fim da relação matrimonial.

Em outras hipóteses, ainda conforme Priscila Corrêa Fonseca, a alienação pode se apresentar como resultado da posse exclusiva do menor que o responsável por sua guarda pretende ter, não querendo dividi-la com ninguém. Este comportamento pode ser adotado por ser o cônjuge muito só, geralmente não possuindo parentes perto, ou então a falta de confiança que o responsável tem com relação ao outro, por achar que o mesmo não tem capacidade para cuidar deste menor.

Assim, diversas são as causas que podem levar uma pessoa a praticar atos que levem à alienação parental. Isto torna muito difícil definir, de modo taxativo, os motivos pelos quais a alienação parental é praticada, o que dificulta ainda mais a caracterização com antecedência da ocorrência deste fenômeno.

### 3.6 CONSEQUÊNCIAS

A prática da alienação parental tem como principal consequência, para o menor, o afastamento do convívio com o alienado, fazendo com que os laços com o mesmo se tornem cada vez menos estreitos, ou até mesmo deixem de existir.

Gardner afirma que:

“Essa manifestação apresenta ao menos uma seqüela, especialmente marcante: o sentimento de culpa e remorso que atingirão (o menor) quando, na idade adulta, constate ter praticado grava injustiça contra a pessoa do alienado”<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> CORREA, Priscila. *Síndrome da Alienação Parental*, P. 8 e 9 – artigo publicado na Revista do CAO Cível nº 15 - Ministério Público do Estado do Pará, jan/dez 2009, Revista IBDFAM – ano 8, nº 40, Fev/Mar/2007, Revista Pediatria Faculdade de Medicina da USP – SP – vol. 28 nº 3/2006

<sup>42</sup> GARDNER, Richard A, O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)? Disponível em [www.alienaçãoparental.com.br/textos-obre-sap](http://www.alienaçãoparental.com.br/textos-obre-sap). Acesso em: 17 mar 2013.)

Assim, para o menor, a pior consequência é o abalo psíquico em sua esfera emocional, situação em que se mostra adequada a permitir aos mesmos processar o alienador visando indenização moral, conforme ensina Gardner<sup>43</sup>.

### 3.6.1 Síndrome da Alienação Parental – SAP

A Síndrome da Alienação Parental, segundo Caetano Lagrasta Neto,<sup>44</sup> é o conjunto de sintomas diagnosticados que pode ser estendido a qualquer pessoa alienada em convívio com o menor. Diante disso, a SAP é uma espécie de patologia que deve ser diagnosticada, e que pode se referir à criança, adolescente ou a qualquer outro protagonista, parentes ou não.

Inclusive, Gardner<sup>45</sup>, pioneiro na constatação da SAP, insiste em que haja a definição da sintomatologia, mediante a afirmação de elementos de diagnóstico, que entendam como síndrome a alienação parental, para que seja incluída no manual DSM. O DSM é um manual publicado desde 1952, por mais de três vezes reavaliado pela Associação Americana de Psiquiatria – APA, que lista diferentes categorias de desordens mentais e critérios para diagnosticá-los.

Assim, a SAP é a parte dos sintomas que trata da questão do afastamento provocado de um dos genitores para com o outro com relação ao menor, aqui sendo considerado apenas o aspecto clínico.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL

### 4.1 CONCEITO

Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>46</sup> responsabilidade traz a ideia de restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Assim, sempre que houver

---

<sup>43</sup> *idem*

<sup>44</sup> NETO, Caetano Lagrasta, **Grandes temas de Direito de Família e Sucessões/** Coordenadores Regina Beatriz Tavares da Silva, Theodureto de Almeida Camargo Neto, São Paulo. Editora Saraiva. 2011. P. 47

<sup>45</sup> GARDNER, Richard A, op. Cit. Loc. cit

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P. 20



uma conduta que cause danos a alguém, o autor da conduta tem a obrigação de realizar uma contraprestação e restituir o equilíbrio da situação da vítima, ainda que a restauração não leve à mesma ao estado *quo ante*.

A responsabilidade só surge se o devedor não cumpre espontaneamente sua obrigação, ou seja, responsabilidade e obrigação não se confundem. Assim, obrigação é vínculo jurídico, que garante ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação. Diante disso, se o devedor não cumpre essa obrigação, surge o inadimplemento desta obrigação, e, portanto, o dever de indenizar, ou seja, surge a responsabilidade.

#### 4.2 ACEPÇÕES DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade é um aspecto da realidade social, de modo que toda atividade que cause prejuízo a outrem traz em seu bojo a ideia de responsabilidade civil. Assim, a responsabilidade destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial da vítima em razão do dano causado pelo autor.

Existem, dentro da responsabilidade civil, duas acepções para o termo “responsabilidade”. Ela pode ser uma responsabilidade jurídica ou uma responsabilidade moral. Isto porque, conforme Carlos Roberto Gonçalves (pág. 21), “a responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separadas ou concomitantemente”.

A responsabilidade jurídica só ocorre quando há violação de uma norma jurídica, podendo ser tanto individual como coletiva. Já a responsabilidade moral atua no campo da consciência interna de cada indivíduo, não havendo preocupação com prejuízos à terceiros.

#### 4.3 DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é o instituto de direito civil que teve maior desenvolvimento nos últimos anos. Este instituto sofreu uma evolução em todas as suas dimensões,

visto que sua expansão se deu quanto a sua história, a seus fundamentos, a sua área de incidência e a sua profundidade.

O conceito de responsabilidade, traduzido como um dever de reparar o dano injustamente causado, por ser próprio da natureza humana, sempre existiu. A forma de reparação deste dano, entretanto, foi transformando-se e evoluindo ao longo do tempo.

A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano, como lídima reação pessoal contra o mal sofrido<sup>47</sup>.

Mesmo após o surgimento da Lei das XII Tábuas, que foi um marco do Direito Romano, ainda era possível identificar a presença da chamada Pena do Talião, que traz o princípio “Olho por olho e dente por dente”. Com o passar do tempo, a aplicação desta pena, entretanto, passou a ser marcada pela intervenção do Poder Público, que poderia permiti-la ou proibi-la.

Posteriormente, ainda vigorando a Lei das XII Tábuas, inicia-se o período da composição tarifada, onde a própria lei determinava o valor para a indenização, à luz do caso concreto. Nas palavras de Alvino Lima, esta fase “é a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória”<sup>48</sup>.

Conforme a doutrina majoritária leciona, a maior evolução do instituto ocorreu com o advento da Lex Aquilia, que deu origem a denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, que é também chamada de responsabilidade aquiliana. Como ensina Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho: “Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual”<sup>49</sup>. Esta legislação destacou-se por trazer a substituição da multa fixa por uma pena proporcional ao dano causado.

---

<sup>47</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 11

<sup>48</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999 P. 21

<sup>49</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V 2. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 11

Assim, é possível se verificar que o instituto da responsabilidade civil vem evoluindo ao longo do tempo, sempre tendo como norte a compensação do dano. Inicialmente, esta compensação se dava fisicamente, sendo proferida no corpo do agente. Porém, atualmente, ela ocorre através do pagamento de uma indenização, ou seja, tornou-se pecuniária.

#### 4.4 FUNDAMENTOS

São dois os fundamentos da responsabilidade civil, a depender do momento histórico que é levado em consideração ao tratar deste instituto. Assim, inicialmente, o fundamento da responsabilidade civil era a culpa do agente, de modo que o dano só seria indenizado se houvesse culpa. Porém, com o passar dos anos, foi-se percebendo que em muitos casos a prova da culpa tornava-se muito onerosa à parte que cabia provar, pois nem sempre era possível, quando então a Justiça passou a se preocupar muito mais com o dano causado e com o risco da atividade desempenhada pelo agente, que precisava ser reparado, do que com a culpa do agente em si.

Tem-se aqui, pois, a responsabilidade civil subjetiva, onde a culpa é o fundamento, e a responsabilidade civil objetiva, onde o risco do dano é o fundamento.

Segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessário que seja demonstrado a culpa do suposto violador do direito da vítima, sendo desta última a incumbência de provar tal situação para que tenha direito à indenização.

Conforme ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves<sup>50</sup>:

“Durante séculos entendeu-se injusta toda sanção que prescindisse da vontade de agir. Assim como não há reprovação moral sem consciência da falta, não há pecado sem a intenção de transgredir o mandamento, conclui-se que não podia haver responsabilidade sem um ato voluntário culpável.”

Todavia, fato é que a responsabilidade subjetiva não vinha sendo uma forma satisfatória de realizar a tutela jurisdicional, posto que em muitos casos restava impossível à vítima fazer prova da conduta faltosa do autor do dano, como

---

<sup>50</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P. 30

normalmente ocorre nos casos de acidente de trabalho (evidenciados quando da Revolução Industrial), em que para o empregado era praticamente impossível demonstrar a negligência do patrão, tanto pela dificuldade na colheita de provas documentais, quanto pela ausência de testemunhas, já que todos tinham interesse em manter seus empregos.

É o que Anderson Schreiber descreve como sendo “prova diabólica”:

“A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza – basta pensar em acidente de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior das fábricas – tornava-se verdadeiramente odiosa diante de seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de *probatio diabólica*.<sup>51</sup>”

Diante disso, foram surgindo algumas legislações esparsas, de modo a possibilitar a responsabilização de forma objetiva, independente da culpa do autor do dano, como no caso da Lei do Acidente de Trabalho e, mais recentemente, o Código de Defesa do Consumidor. Essas leis abriram caminho para a reparação plena, fundada na teoria do risco, onde o simples exercício de determinada atividade com o proveito econômico cria o dever de indenizar eventuais danos causados a terceiros.

Isto é o que leciona Roberto Gonçalves<sup>52</sup>:

“O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas (...) Quem cria o risco deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores.”

É o que defende também Jorge Mosset Iturraspe<sup>53</sup>:

“O direito moderno, sem negar o pressuposto da imputação culposa, avançou no sentido de multiplicar hipóteses de responsabilidade sem culpam objetivas, na qual o fator de atribuição é objetivo: risco, segurança ou garantia.”

Não poderia ser diferente o posicionamento de Anderson Schreiber:

“Como fruto deste profícuo debate, a responsabilidade objetiva veio a ser adotada em quase todos os ordenamentos jurídicos, por meio de leis especiais,

<sup>51</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 5ª Ed. Editora Atlas. São Paulo. 2013. P 17

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P. 30

<sup>53</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad Civil**. Buenos Aires. Editora Hammurabi. 1979. P. 29 e 30

aplicáveis a setores específicos, relacionados aos anseios sociais mais graves no campo da responsabilidade civil<sup>54</sup>

Esse posicionamento mostra a mudança de foco de julgar a conduta do agente (culpa) para julgar o dano propriamente dito (ausência de culpa). De modo que os fundamentos, em suma, da responsabilidade civil são, em um primeiro momento, apenas a culpa, e, em um segundo e atual momento, o dano.

A maior inovação no Brasil no que tange à responsabilidade objetiva foi a previsão contida no art. 927 do CC/2002, que é a cláusula geral da responsabilidade civil, com a seguinte redação:

“Art. 927. (...)”

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

Esta cláusula trata das atividades de risco. Porém, necessário se faz destacar que embora qualquer atividade humana, em última instância, possa oferecer riscos aos demais, trata-se aqui de atividades que possuem riscos elevados e graves.

## 4.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

### 4.5.1 Quanto ao seu fato gerador:

A Responsabilidade Civil quanto ao fato que leva a sua existência pode ser contratual ou extracontratual. Ela será contratual quando há por parte de um dos contratantes o descumprimento total ou parcial do contrato. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação.

Cabe aqui registrar que, na responsabilidade contratual, o ônus da prova compete ao devedor, que deve provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar, conforme preceituam os arts. 1.056 e 1.058 do Código Civil vigente.

---

<sup>54</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos **paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 5ª Ed. Editora Atlas. São Paulo. 2013. P 19

É o que ensina Maria Helena Diniz, quando afirma que a responsabilidade contratual se oriunda da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral e a extracontratual resulta da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz.<sup>55</sup>

Porém, ela será extracontratual ou aquiliana quando por ato ilícito uma pessoa causa dano a outra, ou seja, quando a pessoa, em inobservância aos preceitos legais, causa dano a outrem, conforme expressamente estabelecido no art. 927 do Código Civil. Imperioso apontar que, nessa espécie de responsabilidade, não há uma relação obrigacional entre as partes, contudo, tal obrigação decorre da inobservância de um dever legal de não causar dano a outrem.

#### 4.5.2 Quanto ao fundamento:

A responsabilidade civil quanto ao seu fundamento pode ser subjetiva ou objetiva, conforme ensina Maria Helena Diniz quando diz:

“Em relação ao seu fundamento, caso em que se apresentará como responsabilidade subjetiva, se encontrar justificativa na culpa ou dolo (...). E responsabilidade objetiva, se fundada no risco”<sup>56</sup>

Para a caracterização da responsabilidade subjetiva necessário se faz a comprovação da culpa. Dessa forma, a vítima precisa provar a culpa do agente do ato ilícito.

Já a responsabilidade objetiva, por sua vez, se funda na teoria do risco, ou seja, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, conforme preconiza o Parágrafo Único do art. 927 do Código Civil. Importante destacar que na Responsabilidade Objetiva não há a necessidade de comprovação da culpa por parte do prejudicado, sendo necessário apenas a ocorrência do ato ilícito.

---

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil, volume 7**, 25º Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2011, P. 145 e 146

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil, volume 7**, 25º Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2011 P. 146

### 4.5.3 Quanto ao agente:

A responsabilidade civil quanto ao agente pode ser direta ou indireta. Ela será direta quando o ato ilícito for praticado pelo próprio agente. Nesse caso, o agente responderá por seus próprios atos. Porém, ela será indireta quando o ato ilícito decorrer de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, como, por exemplo, de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.

Ensina Maria Helena Diniz que:

“Relativamente ao agente, isto é, à pessoa que pratica a ação. Assim a responsabilidade será: a) direta, se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá então por ato próprio; e b) indireta ou complexa, se promana de ato de terceiro.”<sup>57</sup>

## 4.6 A CULPA

### 4.6.1 Conceito

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. A obrigação de indenizar, ou seja, de restaurar o equilíbrio, não surge apenas porque o agente procedeu mal, mas sim que ele tenha agido com culpa, seja ela por ação (quando alguém atua no sentido de realizar aquela ação) ou omissão (quando alguém deixa de agir quando deveria), por negligência (desatenção na prática de atos) ou imprudência (imprevisão das consequências de um ato quando se podia ou devia prevê-las), conforme art. 186 do CC/02.

Segundo Antunes Varela<sup>58</sup> “o agente só pode ser pessoalmente censurado quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e deve ter agido de outro modo”. Agir com culpa, pois, significa o agente atuar em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do direito.

---

<sup>57</sup> *ibidem*

<sup>58</sup> VARELA, João de Matos Antunes, **Das obrigações em Geral**, v. 1, Editora Almedinha. Coimbra. 2000. P. 15

O critério para se caracterizar a culpa, ou seja, de aferir qual seria o comportamento exigível diante daquela situação, é o da comparação de seu comportamento com o do “homem médio”, ou seja, o comportamento que seria facilmente adotado por qualquer pessoa naquela situação. Este critério é útil tanto para evitar que se exija demais de uma pessoa, que espere dela atos que não são passíveis de serem praticados por pessoas comuns em situação comum, e nem deixar agir de forma contrária ao que comumente é feito em face de uma situação específica.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>59</sup>:

“Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência do comportamento negligente e imprudente d autor do dano, diz-se que houve culpa *strictu sensu*”.

Pode-se definir a culpa, em sentido amplo, como a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de um fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, que compreende o dolo, sendo este a violação intencional ao dever jurídico e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência. É possível, pois concluir que a ideia de culpa envolve tanto o dolo quanto a culpa.

Maria Helena Diniz<sup>60</sup> ensina que:

“Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter percebido seu ato nem medido as suas consequências”

Desta forma, há a responsabilização tanto em caso de dolo quanto em caso de culpa, segundo a teoria subjetiva que é adotada atualmente pelo CC. Porém, como a prova da culpa pode ser muito difícil de ser conseguida, o direito admite, em casos específicos, a responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilidade sem a necessidade de comprovação ou até de existência de culpa, como no caso do art. 927 do CC.

---

<sup>59</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P 315.

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil**, volume 7, 25ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2011, P. 40



#### 4.6.2 Elementos

A responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. Em qualquer atividade, o indivíduo deve observar a necessária cautela para que sua conduta não venha a causar danos a terceiros.

Diante disso, surge um dever de cuidado no exercício de qualquer atividade. Este é um dos elementos para aferição da culpa, ou seja, a desobediência a esse dever de tomar conta dos atos desenvolvidos para exercer qualquer atividade visando não causar danos a terceiros.

Além disso, para tratar da culpa, é necessário se verificar os conceitos da previsão e da previsibilidade. Isto porque só se pode cogitar a culpa se o homem médio pode prever o evento, ou se, ao menos, o mesmo é previsível, pois, se não é o caso, não há que se falar de culpa.

#### 4.6.3 Espécies

##### 4.7.3.1 Culpa grave, leve e levíssima

A culpa grave é decorrente de uma violação mais séria no dever de cuidado. Já a leve ocorrerá quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária. E a culpa levíssima é a falta evitável apenas como uma atenção extraordinária, ou seja, com extrema cautela.

Assim, os graus de culpa são aferidos com base no comportamento que se espera do homem médio. De modo que quanto mais distante for ficando deste comportamento, e quando mais requisitos forem sendo exigidos para que o fato seja evitado, mais leve será o grau da culpa, pois mais difícil é de evitar tais situações.

É o que ensina Rui Stoco:

“Na culpa grave, embora não intencional, o autor, “sem querer” causar o dano, “comportou-se como se o tivesse querido” (...) Culpa leve é a falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta. Culpa levíssima, a falta cometida em razão de uma conduta escaparia ao padrão

médio mais que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidado, guardaria”.<sup>61</sup>

#### 4.6.3.2 Culpa contratual e extracontratual

A responsabilidade será contratual ou extracontratual de acordo com a norma que o ato violou. Se o dever de cuidado decorrer de uma cláusula contratual, a culpa será contratual. Entretanto, se o dever de cuidado tiver como origem as normas em geral, que são válidas para toda a sociedade, será caso de culpa extracontratual.

#### 4.6.3.3 Culpa *in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiendo*

A culpa *in eligendo* é a decorrente da escolha errada do representante ou preposto. Já a culpa *in vigilando* é resultante da ausência de fiscalização sobre pessoa que se encontre sobre responsabilidade do agente. E, por último, a culpa *in custodiendo* é a que decorre da falta de cuidado na guarda de algum animal ou objeto, tal modalidade possui presunção *iuris tantum* de culpa.

#### 4.6.3.4 Culpa presumida

A culpa presumida surgiu para tentar facilitar a responsabilização do agente nos casos em que é muito difícil a vítima conseguir realizar prova de culpa. Assim, a culpa presumida requer apenas que se prove o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente, deixando para o último o dever de provar a inexistência de culpa por sua parte.

#### 4.6.3.5 Culpa contra a legalidade

A culpa contra a legalidade ocorre quando da não observação de regras expressas em lei ou regulamento. Neste momento, há a configuração da culpa do agente.

---

<sup>61</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011. P. 170

## 4.7 A CAUSALIDADE

### 4.7.1 O liame de causalidade

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o nexó de causalidade entre o fato realizado e o dano produzido, conforme exigência expressa do art. 186 do CC. Para haver este nexó, segundo Miguel M. Serpa Lopes<sup>62</sup> “é necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”. Existem três teorias que explicam o nexó de causalidade, quais sejam: equivalência das condições, causalidade adequada e causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições não diferencia tudo aquilo que veio antes do fato, de modo que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa. Ensinam Stolze e Pamplona que “por isso se diz que “equivalência de condições”: todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado”<sup>63</sup>. Porém, por considerar que tudo o que é anterior ao fato e tenha relação com ela seja causa, pode-se retornar ao infinito procurando o culpado para o fato.

Já a teoria da causalidade adequada informa que causa é toda condição quer for a mais apropriada para produzir o evento. É, pois, nas palavras de Stolze e Pamplona “o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso”<sup>64</sup>. Esse juízo acerca da razoabilidade da condição, para ser considerado causa, encontra-se ao arbítrio do julgador, sendo este, pois, o calcanhar de Aquiles desta teoria, visto que confere um alto grau de discricionariedade ao julgador da causa.

Por último, tem-se a teoria da causalidade direta ou imediata que define, segundo seu próprio criador, Augustinho Alvim “suposto certo o dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente”<sup>65</sup>. Diante disso, tem-se que esta teoria é definida como sendo causa apenas o antecedente fático que esteja ligado necessariamente ao resultado, e que esse último seja sua consequência direta e imediata.

---

<sup>62</sup> LOPES, Miguel M. Serpa, **Curso de direito civil**, v 5. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1999. P. 251 e 252

<sup>63</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86

<sup>64</sup> *Ibidem* P. 88

<sup>65</sup> ALVIM, Agostinho, Da **inexecução das obrigações e suas consequências**. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1972. P. 170

Existe divergência doutrinária sobre qual destas teorias foi realmente adotada pelo CC/2002. Parte da doutrina entende que a adotada foi a teoria da causalidade adequada, como Cavalieri Filho, que é favorável a esta teoria. Porém, existe outra parcela da doutrina que entende que a teoria adotada no Brasil foi a causalidade direta e imediata, conforme Pamplona e Stolze:

“Alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexo causal), na vertente da causalidade necessária. E a essa conclusão chegamos ao analisarmos o art. 403 do CC/02”<sup>66</sup>

Porém, como existe esta divergência doutrinária e, inclusive, jurisprudencial, a concepção acerca da melhor teoria é relativa. Porém, ao que parece, a teoria da causalidade imediata possui mais verossimilhança.

Existe ainda um tópico a ser debatido, que diz respeito às concausas. As concausas são outras causas que se juntam à primeira e concorrem para o resultado. Assim, linear é o ensinamento de Stolze e Pamplona:

“Utiliza-se a expressão “concausa” para caracterizar o acontecimento que, anterior, concomitante ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta-se a este, em direção ao evento danoso.”<sup>67</sup>

A grande questão com relação às concausas encontra-se na possibilidade ou não de rompimento do nexo causal do primeiro agente, excluindo sua obrigação de indenizar. Stolze e Pamplona, ainda discorrendo sobre o tema, entendem que o rompimento do nexo causal ocorre apenas se a concausa houver determinado por si só o evento<sup>68</sup>.

#### 4.7.2 As excludentes de ilicitude

As excludentes de licitude existem quando há a negação do liame de causalidade. Isto porque, não havendo ligação entre o fato e o prejuízo, não há que se falar em relação de causa e efeito, não podendo, pois, responsabilizar o autor pelos danos causados a terceiros. Há, pois, a ruptura deste nexos.

Stolze e Pamplone entendem que:

<sup>66</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 93

<sup>67</sup> *idem* P. 95

<sup>68</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 97

“Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória”<sup>69</sup>

As principais excludentes são o estado de necessidade, legítima defesa, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, cláusula de não indenizar e caso fortuito ou força maior.

No estado de necessidade, ambos os indivíduos possuem direitos que são tutelados pelo sistema jurídico, enquanto que na legítima defesa deve estar presente a injusta agressão. Assim, conforme Stolze e Pamplona<sup>70</sup>, ocorre o estado de necessidade quando se evidencia a situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior ao que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação.

Já a legítima defesa, por sua vez, é a situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou terceiro. O agente causador do dano irá reagir diante de uma agressão injusta daquele que vai sofrer a reação. E, no momento de reagir, ele o fará em defesa própria ou de terceiro. Assim, conforme Stolze e Pamplona “a legítima defesa real pressupõe a reação proporcional a injusta agressão, atual ou iminente, utilizando-se moderadamente dos meios de defesa postos à disposição do ofendido”<sup>71</sup>. Com isso se quer dizer que a imoderação ou a desnecessidade da conduta poderá caracterizar um excesso, o que é vetado pelo Direito, afastando a possibilidade de considerar a situação como uma cláusula excludente da responsabilidade civil.

A culpa exclusiva da vítima se configura quando a causalidade estará exclusivamente caracterizada pela ação ou omissão voluntária e antijurídica protagonizada pela própria vítima. É o que defendem Stolze e Pamplona quando afirmam que “a exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil”<sup>72</sup>. Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa,

---

<sup>69</sup> *idem*. P. 101

<sup>70</sup> *idem* P. 102

<sup>71</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009 P.101

<sup>72</sup> *idem* P. 114

como prosseguem Stolze e Pamplona “mas note-se que somente se houver atuação exclusiva da vítima haverá quebra do nexo causal (...), havendo concorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, como regra geral, ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito”<sup>73</sup>

Tem-se também o ato ou fato de terceiro, que é a causalidade exclusivamente realizada por terceiro. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Stolze e Pamplona destacam que “desde que haja a atuação causal de um terceiro, sem que se possa imputar participação do autor do dano, o elo de causalidade estará rompido”<sup>74</sup>

Isto porque, o caso fortuito ou a força maior serão considerados fatos necessários. São fatos determinantes cujos efeitos não foram possíveis de evitar ou impedir. O caso fortuito está ligado a um fato alheio à vontade das partes, sendo ele imprevisível. Já a força maior está ligada a eventos da natureza que causam danos, mas são imprevisíveis ou são previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

Segundo Maria Helena Diniz:

“na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois trata-se de um fato da natureza, como, p.ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida e etc.” Já “no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advem de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio”<sup>75</sup>.

Por último, tem-se a cláusula de não indenizar, que é a convenção pela qual as partes excluem o devedor de indenizar, em caso de inadimplemento da obrigação, estando, pois, dentro da ideia de liberdade de contratar, mais precisamente na liberdade na forma de contratação. Stolze e Pamplona fazem uma ressalva importante ao dizer que “pela natureza mesma do referido pacto, essa cláusula somente tem cabida na responsabilidade contratual”<sup>76</sup>. Porém, esta excludente comporta situações de exceção, em que não se constata a igualdade entre os estipulantes, como nas relações de consumo, em que há presunção de hipossuficiência do consumidor, conforme art. 6, inciso VII do CDC:

---

<sup>73</sup> *idem.op. cit. Loc. Cit.*

<sup>74</sup> *idem* P. 116

<sup>75</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – **Teoria geral das Obrigações**. 16ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2002. Pág 346 e 347)

<sup>76</sup> *ibidem. Op.cit.* p. 118

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”

É o que destaca Stolze e Pamplona quando afirmam que “não é por outro motivo que o Código de Defesa do Consumidor, a mais bela e revolucionária lei do País, em seu art. 25, veda cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade civil do fornecedor”<sup>77</sup>. Desta forma, esta cláusula só deve ser admitida quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade.

## 4.8 O DANO

### 4.8.1 Conceito

Para Agostinho Alvim<sup>78</sup>:

“dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio (...) Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável”

Dano é, pois, qualquer lesão causada a bem jurídico, seja ele material ou moral. E, qualquer pessoa que cause dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Assim, indenizar significa reparar o dano causado integralmente. Se possível, melhor seria trazer a vítima ao seu *status quo ante*, porém, como isso nem sempre é possível, busca-se uma indenização em forma de valor monetário.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>79</sup> ensina que “nem todo dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade”. Isto quer dizer que o dano, para fazer jus à indenização por responsabilidade, deve ser certo, ou seja, deve ter

<sup>77</sup> STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 119

<sup>78</sup> ALVIM, Agostinho, **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1972, P 171 e 172

<sup>79</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P 357

se configurado, sendo impossível indenizar danos hipotéticos ou eventuais; e atual, ou seja, deve existir ao tempo da propositura da ação de indenização.

#### **4.8.2 Espécies**

O dano pode ser patrimonial ou moral. O dano patrimonial advem de uma lesão material, ou seja, atinge apenas o patrimônio da vítima (dano patrimonial). Já o dano extrapatrimonial advem de uma lesão moral, que atinge a esfera psíquica da vítima (dano moral).

#### **4.8.3 O dano material**

Os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. Por dano material deve-se entender aquele perceptível, ou seja, que se pode ver e tocar. É qualquer lesão causada aos interesses de outrem e que venha a causar diminuição patrimonial a essa pessoa.

Eles compreendem tanto aquilo que a vítima perdeu com o fato, quanto ao que a mesma deixou de ganhar, que são os chamados lucros cessantes, conforme art. 402 do CC:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”

A prova da perda efetiva é mais fácil que a do lucro cessante. Isto porque é possível se estabelecer com precisão o desfalque ocasionado pela lesão. Porém, a contabilização do prejuízo em razão dos lucros cessantes, bem como sua prova é bem mais complicada, visto que não há como se ter certeza sobre o que a vítima lucraria caso o fato não tivesse ocorrido. Justamente por isso, o CC traz a ideia de razoabilidade quando vai tratar dos lucros cessantes.

De qualquer forma, ao se requerer a indenização por danos materiais, deve-se levar em conta os prejuízos efetivamente obtidos, bem como o prejuízo em razão de não auferir os lucros que poderia, caso o dano não tivesse sido praticado. E, em juízo, esse valor já deve ser líquido.



#### 4.8.4 O dano moral

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio, mas sim direitos da personalidade, como aqueles elencados na CF/88:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...).”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Estes bens jurídicos, quando violados, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana, causam dor, sofrimento, vexame e humilhação à vítima. É importante destacar que o dano moral não é propriamente todos esses sentimentos, pois cada pessoa sente a seu modo.

O dano moral é o dever de indenizar decorrente destes sentimentos e sensações, que são provocados na vítima pelo autor. Assim, as vítimas pedem uma indenização em razão destes sentimentos, embora não estejam estabelecendo um preço para essas sensações. O que se quer é que seja outorgado à vítima um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica sofrida, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves<sup>80</sup>.

No momento de indicar a existência de um dano moral, Sérgio Cavalieri<sup>81</sup> ensina que só se deve indicar como sendo dano moral:

<sup>80</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5º Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P 378 e 379

<sup>81</sup> CAVALIERI, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª Edição. Editora Atlas.2012. P.78

“a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrios psicológico do indivíduo”

Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Dano moral. Banco. Pessoa presa em porta detectora de metais. Hipótese de mero aborrecimento que faz parte do cotidiano de qualquer cidadão de uma cidade grande. Ação improcedente.”<sup>82</sup>

Diante disso, existe uma linha muito tênue entre o que pode configurar a existência de dano moral e o que é apenas um mero aborrecimento. O dano moral se configura por atitudes que causem lesão grave aos direitos da personalidade, tão graves que possam levar ao abalo psicológico da vítima.

Além disso, conforme entende Carlos Roberto Gonçalves<sup>83</sup>:

“não se incluem na esfera do dano moral certas situações que, embora desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de determinadas atividades, como, por exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega”

Em suma, o dano moral se configura quando se trata de qualquer conduta grave que foge à normalidade do curso no desenvolvimento de qualquer atividade e que, principalmente, cause sofrimento ao sujeito em sua esfera mais íntima.

Com a tentativa de delimitação dos aspectos que configuram o dano moral, o que se quer é evitar a monetarização das relações entre as pessoas, em que nenhuma atitude que causasse mero dissabor entre pessoas que se relacionassem de qualquer forma possa causar o pagamento de uma indenização. Proíbe-se, também, o enriquecimento ilícito, através de indenizações por prática de atos comuns ao bom desenvolvimento das atividades cotidianas do ser humano que vive em sociedade.

---

<sup>82</sup> Ap. 101.697-4 SP, 1ª Câmara, Julgado em 25.07.2000 – acesso em 15/03/2013)

<sup>83</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5<sup>o</sup> Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, P. 379

O dano moral, por ocorrer no interior da personalidade, dispensa prova em concreto, salvo casos especiais. Trata-se, pois, de presunção absoluta, razão pela qual se requer ainda mais cuidado no trato com esta questão.

## **5 REPARAÇÃO CIVIL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

A reparação civil, conforme visto no capítulo anterior, é devida sempre que alguém cause danos a outrem, visando restituir este último ao estado *quo ante*, ou, pelo menos, reparar monetariamente através de uma indenização os problemas causados. A ninguém é dado o direito de causar dano à esfera jurídica de outra pessoa, seja realizando atos lícitos ou ilícitos.

Uma vez verificada a existência do dano e o nexó causal entre este dano e a ação ou omissão do agente, tem-se para este último a obrigação de reparação, obrigação esta que vincula o agente e a vítima. Caso esta obrigação não seja cumprida espontaneamente pelo agente, surge a necessidade de uma ação de responsabilidade civil, em que o Judiciário irá obrigar o agente a reparar o dano, seja através de uma reparação específica, desfazendo o ato causador do problema, ou, sendo isso impossível, incorrerá na necessidade de pagamento de uma indenização.

Para a configuração da responsabilidade civil, é necessária a verificação da culpa, para os casos em que não seja responsabilidade objetiva (ausência de culpa), do nexó de causalidade e do dano em si. Este dano poderá atingir a esfera patrimonial da vítima, como também sua esfera moral, e em ambos os casos haverá a necessidade de reparação.

Conforme dito anteriormente, o dano patrimonial é de mais fácil constatação, bem como a contabilização do mesmo é feita mais facilmente. Porém, o dano moral é de mais difícil percepção, visto que atinge apenas a esfera psíquica da vítima, sendo impossível conferir ao dano causado um valor capaz de amenizá-lo ou desfazê-lo, mas sim, um valor à título de indenização e nunca de monetarização do sofrimento.

Por ser de difícil prova, o dano moral corre o risco de ser banalizado, posto que qualquer mero sofrimento, caso não haja parâmetros, pode ser configurado como dano moral, impossibilitando a vida em sociedade. Isto porque seria impossível a

existência de relação entre as pessoas dentro de uma mesma sociedade, já que todos viveriam com receio de serem processados por um dano moral inexistente.

Conforme leciona Sérgio Gischkow Pereira<sup>84</sup> ao dizer que:

“Começa-se, propositalmente ou por desconhecimento, a confundir qualquer incômodo da vida com fato gerador de dano moral. Como se vida não fosse uma sucessão de múltiplos incômodos e como se não fosse um dos sentidos da vida exatamente enfrentar e resolver os problemas que ela nos cria.”

Pensando nisso, a doutrina, conforme já explicado, criou alguns parâmetros para se configurar o dano moral, sendo o mais importante a consciência de que não é qualquer mero aborrecimento capaz de configurar um dano moral, mas sim, aquela atitude capaz de abalar uma pessoa, capaz de trazer um sofrimento agudo, ou seja, aquela atitude que foge à tudo o quanto praticado na convivência diária entre pessoas.

Ensina Sérgio Gischkow Pereira que:

“Na verdade do erro em não querer indenizar o dano moral, está se partindo para o erro oposto, constituído pelo exagero, pelo excesso, pela demasia de exigir dano moral por tudo e qualquer motivo. Com isto, algo sublime está sendo distorcido e amesquinhado por interesses patrimoniais.”

Anteriormente, o dano moral não era indenizável, visto que era de difícil prova e mensuração, ou até antes disso, quando não se acreditava que condutas pudessem causar um sofrimento demasiado a uma pessoa, cuja reparação é impossível, e o único caminho de restabelecimento do equilíbrio da relação seria através de reparação por dano moral. A própria CF fortaleceu esta ideia com a defesa dos direitos da personalidade, ou seja, ao atribuir a existência de direitos a algo imaterial, de modo que, se este algo tem direito, surge, neste momento, o dever dos demais em respeitar isso, bem como, ocorrendo um dano, a obrigação de reparar.

Ocorre que, não é porque se demorou muito tempo para tornar o dano moral algo explicável, conhecido e passível de indenização, que agora o Judiciário irá indenizar tudo o quanto for pedido à título de dano moral. O que se precisa é de uma avaliação coerente e justa sobre a afronta que uma determinada atitude trouxe aos direitos da personalidade, ou seja, aos direitos da pessoa humana, para que, após isso, seja possível contabilizar um valor simbólico para reparar este sofrimento, até

---

<sup>84</sup> PEREIRA, Sérgio Gischknow. **Estudos de Direito de Família**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre.2004, P. 81

porque, é impossível monetarizar a dor, já que cada indivíduo sente a dor ao seu modo.

Necessário, então, se faz destacar que é importante sempre ter como norte que todo dano moral real é indenizável, mas que nem toda dor ou sofrimento enseja o dano moral.

De outro lado, temos a prática da Alienação Parental, que vem se tornando cada vez mais comum atualmente, com o grande número de dissoluções das entidades familiares, muitas vezes bem resolvida por uma das partes e extremamente mal resolvida pela outra. Esta última, por considerar que o fim da entidade familiar não era o caminho a ser seguido, começa a adotar posturas visando atingir o outro.

O caminho mais rápido e eficaz para se atingir o antigo companheiro é utilizar os filhos dessa relação como meio de infligir dor e sofrimento ao mesmo. Isto ocorre geralmente por sucessivas condutas no sentido de denegrir a imagem do outro genitor perante os menores, criando falsas situações, inventando histórias e mentiras, até minar, por completo o convívio entre o menor e seu genitor.

O menor passa a não querer mais conviver com o outro genitor, inclusive, e muitas vezes, por medo de desagradar o genitor responsável por sua guarda e com quem tem convivência diária, e, com isso, perder também sua proteção e amor. Este menor fica então dividido, e acaba se obrigando a não mais conviver com o outro genitor.

Geralmente, esta conduta alienante é praticada pelo genitor, ou qualquer parente, que detenha a guarda do menor, e que, com isso, passa mais tempo com ele, podendo criar histórias e até manipulá-las, sempre tendo como norte punir o antigo convivente, por considerar o mesmo culpado pelo fim do relacionamento e da entidade familiar.

O outro genitor, com isso, acaba por passar por enorme sofrimento, visto que tem o convívio com seu filho ceifado, deixando de existir. Isto impossibilita o exercício do poder familiar e a expressão de toda a afetividade que este genitor tem para com seu filho, o que é direito do mesmo como também da criança, em conviver com ambos os pais.

E, necessário se faz destacar que a configuração da alienação prescinde de consciência por parte do alienador de seus atos de alienação, de modo que mesmo

que o alienador não tenha a real dimensão do significado dos atos quem vem praticando, a alienação pode estar configurada, sendo passível de tutela pelo judiciário, conforme ensinam Fábio Viera e Georgis Alexandridis<sup>85</sup>.

A caracterização da alienação parental ocorrerá, na maior parte dos casos, após a definição da guarda do menor, com o fim do processo em que se deve estabelecer o fim do casamento ou da união e o estabelecimento da guarda e do regime de visitas. Sendo assim, o genitor vitimado terá legitimidade ativa para a propositura de uma ação autônoma para discussão e reparação do mal causado pela alienação promovida, conforme art. 5º da Lei 12.318/2010:

“Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.”

Nesta ação, o vitimado vai buscar não só o direito de conviver com a criança, até para minorar os efeitos das práticas abusivas do outro genitor, mas também fixação de indenização por dano moral, em razão dos graves prejuízos psicológicos que as atitudes alienantes trouxeram em razão do rompimento, às vezes permanente, do vínculo afetivo entre o menor e seu genitor.

Isto é o que ensinam Fábio Viera e Georgis Alexandridis<sup>86</sup>:

“Além de buscar garantia do direito convivencial, próprio da restrição promovida pela alienação parental, diante do nexo de causalidade existente é possível a cumulação do pedido de fixação de indenização por danos morais sofridos.”

A possibilidade de requerimento de dano moral está expressa também na lei 12.318/2010, em seu art. 6º, conforme abaixo:

“Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: (...)” (grifos nossos).

O grave abalo psicológico que o rompimento forçado das relações de afetividade e convivência entre um genitor e seu filho causam ao primeiro é inquestionável, o que é agravado quando este rompimento vem de condutas reiteradas do outro genitor ou qualquer outro membro familiar, no sentido de implementar falsas memórias ao

---

<sup>85</sup> FIGUEIREDO, Fábio Viera e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011. P 47

<sup>86</sup> FIGUEIREDO, Fábio Viera e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011. P 95

menor, para que este venha a se sentir excluído pelo primeiro e decida, ainda que não por si só, rejeitar e romper com o primeiro. E, para esta situação, não há como o agente desfazer os atos, visto que o tempo passou, e não há possibilidade deste genitor voltar no tempo e poder desfrutar dos momentos ao lado do seu filho, viver fases em que muitas vezes não pode estar presente.

Diante da impossibilidade de retornar o alienado, aquele que sofre com a alienação, ao seu estado anterior à prática desses atos, a única forma de reparar é impondo a obrigação de indenizar ao alienante, aquele que pratica atos de alienação, visto que os danos causados são inquestionáveis, mesmo que de difícil constatação por ocorrer no íntimo deste genitor vitimado. O que se busca aqui não é outra coisa senão uma espécie de compensação por todo o sofrimento e tormento que o genitor alienado passou em razão de condutas, mesmo que inconscientes, do genitor alienante.

A lesão produzida por um membro familiar a outro é maior do que qualquer outra provocada por um terceiro, ante a situação privilegiada que aquele desfruta em relação a este, o que justifica a responsabilidade civil. Assim, o dano causado no seio familiar funciona para fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano, além de ter caráter pedagógico.

Esta possibilidade encontra-se expressa na doutrina específica acerca do tema da alienação parental, mas, ainda que assim não fosse, encontra-se expressa a possibilidade de reparação do dano moral na doutrina civilista no Brasil.

O pedido de reparação civil pode, conforme dito anteriormente, inclusive, ser feito na mesma ação em que se suscita a ocorrência de atos de alienação parental, em que o autor (genitor alienado) busca o retorno ao direito de convivência. Isto deverá ser feito através da cumulação de pedidos.

A cumulação, inclusive, adveio da necessidade de otimização do processo, o que quer dizer obter o máximo proveito prático a partir de um único processo. Isto está de acordo, inclusive, com o princípio da economia processual, que, segundo a douta jurista processualista Ada Pellegrini Grinover<sup>87</sup>, preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

---

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P 79

A realização desses pedidos se daria através da cumulação simples de pedidos, que ocorre quando o autor formula, em face do réu, dois ou mais pedidos independentes. Assim, cada pedido pode ser atendido ou rejeitado independentemente, e com isso, não prejudica os demais.

Como evidencia Marcus Vinicius Rios Gonçalves<sup>88</sup>:

“Cumulação simples: é aquela tratada diretamente no CPC art. 292. O autor formula, em face do mesmo réu, dois ou mais pedidos somados, pretendendo obter êxito em todos. Para que a cumulação seja simples, é preciso que os pedidos sejam interdependentes e que o resultado de um não dependa do outro. Será possível, portanto, que o autor obtenha êxito em um, mas não nos outros, caso em que haverá procedência parcial da demanda.”

Cássio Scarpinella Bueno<sup>89</sup> pontuou muito bem a questão:

“Ela é simples quando se trata de pura e mera adição de pedidos, formulados concomitantemente pelo autor visando a que todos eles, simultaneamente, possam ser acolhidos; os pedidos, a bem da verdade, têm sentido práticos independente do outro.”

Assim, é possível a cumulação de pedidos em uma ação que vise regulamentar o direito de convivência em casos de alienação parental com o pedido de fixação de dano moral pelas práticas abusivas. Além disso, esta possibilidade está clara, também, por atender aos requisitos da cumulação, de modo que os pedidos são compatíveis entre si, visto que o atendimento de um não exclui a possibilidade de atendimento do outro; o juízo é competente para julgar ambos os pedidos, fato que ocorre do nexo de causalidade entre a alienação parental e o dano moral alegados e o rito, no caso o ordinário, é adequado ao conhecimento de todos os pedidos, conforme ensinam Fábio Viera e Georgis Alexandridis<sup>90</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

As famílias são construções culturais, e advem da necessidade humana de viver em grupos. Ao longo da história da humanidade, o homem sempre viveu em bandos, e, ainda quando nômades, ao peregrinar, levavam consigo todo o grupo. Isto se deve

<sup>88</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Editora Saraiva. São Paulo. 2010. P 342

<sup>89</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**. Editora Saraiva. São Paulo. 2010, P 81

<sup>90</sup> FIGUEIREDO, Fábio Viera e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011. P. 96



ao fato de que, desde o início dos tempos, o homem não consegue viver sozinho, e não é capaz de realizar todas as suas atividades de forma solitária.

Ao contrário, o homem instituiu a família como primeira relação social a ser travada entre seus iguais, em que cada um assume uma função e desempenha um papel fundamental, de modo que sua ausência influencia no funcionamento de todo o grupo e requer uma reorganização dentro deste micro sistema familiar.

Quando da formação do Estado, entendeu-se que a família seria um dos pilares da sociedade, justamente por ser nela que o indivíduo possui a primeira noção de como é a convivência em grupo, da necessidade de assumir funções e executá-las em prol do coletivo. Assim sendo, tem-se, desde o início, como dever do Estado, a proteção a esta entidade, de modo a garantir a sua existência e perpetuação pelo tempo.

É certo que desde o início dos tempos até a atualidade, a identidade da família modificou-se, isto porque o mundo e os costumes mudam, e a família, por ser uma construção cultural também sofre influência e se modifica com o tempo. Inicialmente, as famílias socialmente organizadas eram formadas, caracteristicamente, pelos pais (pai e mãe) e pelos muitos filhos advindos da união, de modo que o entendimento de família dependia da concepção sobre o casamento (aqui entendido de forma religiosa) e tão somente os filhos oriundos desta união. Aqui é importante destacar o papel da Igreja na formação do Estado, que até o século XIX exercia influência direta na formatação estatal.

Atualmente, o retrato da família flexibilizou-se, de modo que é natural a ideia de famílias monoparentais (formadas por um único genitor e filhos, adotados ou biológicos), bem como as homoafetivas (formas por casais do mesmo sexo) e recompostas (oriundas de um segundo casamento de um dos genitores).

Esta flexibilização está pautada na ideia do afeto, que se baseia na premissa de que o que une as pessoas em núcleos é o sentimento que une umas às outras, e a vontade em direção ao mesmo ideal, qual seja a própria formação de uma entidade familiar. Isto quer dizer que a entidade familiar, para se formar e ser reconhecida, não depende de sua institucionalização através do casamento, mas sim dos laços de afeto que unem as pessoas, ou seja, o *animus* de formar uma família e o sentimento que os membros destas famílias nutrem uns pelos outros.

Diante disso, o casamento passou a ser mais uma modalidade de família, e não a única, de modo que a consagração da igualdade (vinda do princípio da isonomia, trazido pela CF/88), o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, tais como a união estável, bem como o dever de reconhecer os filhos havidos fora do casamento operaram grandes transformações na concepção de família.

Assim sendo, tendo-se a família formada, é natural a busca por sua perpetuação, seja ela pela procriação ou pela adoção. Desta forma, a chegada de um filho traz a ampliação da família, e este ser requer efetiva e adequada proteção, de modo que a relação a ser estabelecida entre pais e filhos precisa ser regulamentada, fato que ocorre por meio do chamado poder familiar (o que antes era conhecido como pátrio poder, cuja nomenclatura possui influência direta da visão patriarcalista do mundo antigo, em que o centro da família era o homem e sua figura paterna).

Os pais são tidos como guias do desenvolvimento da vida do menor desde o seu nascimento até que o mesmo complete a maioridade civil. E esses pais devem atuar neste propósito em conjunto, ou, ao menos, em igualdade de condições. Esta ideia é tão relevante a ponto de ser possível afirmar que o poder familiar continua a existir mesmo após a dissolução da união do casal, de modo que ambos os pais devem continuar a zelar pelo bom desenvolvimento dos menores em igualdade de condições. O que muda, em caso de rompimento das relações, é apenas a questão da guarda e da convivência diária com o menor, salvo em casos de guarda compartilhada.

Desta forma, o exercício do poder familiar deve ser garantido a ambos os pais, salvo em casos excepcionais de suspensão ou perda do poder familiar por um deles, caso em que o exercício deste poder apenas ocorrerá por uma das partes. A dissolução da união do casal implica na necessidade de se discutir, à luz do melhor interesse do menor, com quem este menor deve ficar, ou seja, a quem cabe o exercício da guarda, cabendo ao outro o direito convivencial (direito de visita). Poderá, ainda, ser acordado entre os pais a possibilidade de uma guarda compartilhada (situação em que ambos possuem a guarda do menor, e alternam os dias de permanência com o mesmo). Dentro deste contexto, faz-se necessário salientar a liberdade que os pais têm de decidir sobre a guarda dos filhos, fazendo isso da melhor forma possível,

desde que não haja razões que levem o juiz a entender de forma diversa, conforme art. 1586 do CC.

Infelizmente, é possível destacar que a dissolução da família acaba por fazer nascer entre os genitores, ou apenas por parte de um deles, uma relação de inimizade, que ultrapassa a relação entre eles e acaba por influenciar a relação deles com os filhos menores. Nesta situação, o menor é utilizado por um dos genitores (ou por qualquer outro membro da família que tenha o menor sob sua responsabilidade) como um meio de exercer uma espécie de “vingança” para com o outro genitor (ou outro membro). Isto acaba por de forma afastar este menor do convívio social e punir o genitor considerado culpado pelo fim da relação familiar. Este comportamento é conhecido por Alienação Parental, e normalmente é praticado pelo genitor que possui a guarda do menor, conforme definição trazida inclusive pelo art. 2º da Lei 13.318/10, que trata sobre a alienação parental. Este é um fenômeno que sempre existiu em nossa sociedade, e até o ano de 2010 não possui uma proteção legal específica, embora o ordenamento civil já possibilitasse a punição daquele que pratica este ato através da perda do poder familiar.

Conforme o que diz a lei supracitada, a alienação parental se substancia no comportamento inquestionável de um membro da família, denominado alienador, de prática de atos depreciativos de lidar com outro membro da família, vitimado, notadamente entre os genitores. Assim sendo, é importante destacar que o alienador pode ser qualquer pessoa da família, notadamente os genitores, mas não exclusivamente, podendo operar-se pela figura de tios ou avós, por exemplo, causando as mesmas afetações psicológicas. Esta atuação visa turbar a percepção dos fatos sociais pela criança ou adolescente, aqui considerado o alienado.

Esta situação é por demais grave e de difícil constatação, fazendo com que o caso posto em exame ao Judiciário tenha de ser estudado por um equipe multidisciplinar para realização de perícias, a fim de constatar de forma concreta a existência da alienação. Desta forma, e ciente da dificuldade de se encontrar um rol fechado de condutas típicas que provoquem a alienação parental, o legislador criou um rol exemplificativo de condutas, pois o norte da norma é o bem estar do menor. De modo que qualquer atitude que busque privar este menor do convívio social deve ser analisada com atenção, a fim de verificar as reais intenções do praticante da ação.

Assim, e conforme art. 3º da Lei 12.318/2010, a prática de atos alienantes fere o princípio da dignidade da pessoa humana e constitui abuso moral contra o menor. O comportamento alienante causa sérios danos ao outro genitor, todos esses danos de cunho moral, bem como ao próprio menor, que é utilizado como meio para esta espécie de vingança.

Conforme é possível concluir do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer atividade que acarretar prejuízos a outrem traz consigo a questão da responsabilidade, que tem como objetivo restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, conforme art. 186 combinado com o art 927 do CC.

O dever jurídico originário é entendido como o dever de não realizar atos que causem prejuízos à outrem, é como uma obrigação de não fazer. O descumprimento do dever originário, ou seja, o não adimplemento da obrigação, gera um dever secundário que é a responsabilização pelo dano, culminando em sua reparação através de uma indenização.

Para restar comprovada a responsabilidade civil existem quatro elementos essenciais, estes são: ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e o próprio dano. Assim, é necessário que no caso concreto o dano causado possua nexos de causalidade com a ação ou omissão do agente, já que a obrigação de indenizar decorre da existência da violação a um direito e a ocorrência de um dano, concomitantemente.

É necessário que se torne totalmente certo que sem o fato (ação ou omissão), o prejuízo não teria acontecido. Existem três teorias que versam sobre a questão do nexo de causalidade, quais sejam: teoria da equivalência das condições (em que tudo que aconteceu para ocorrer o dano pode ser considerado causa); causalidade adequada (somente é causadora do dano aquela atitude apta a produzi-lo por si só); e a teoria dos danos diretos e imediatos (requer que haja, entre a conduta e o dano uma relação de causa e efeito imediata e direta, não existindo outra causa que explique o dano).

Vale destacar que há, porém, circunstâncias previstas que interferem nos acontecimentos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes de responsabilidade são: estado de necessidade, a

legítima defesa, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.

Qualquer conduta que cause um dano, e que tenha com ele uma relação de causa e efeito direta e imediata, gera o dever do autor em indenizar a vítima. É importante destacar que dano aqui é entendido como qualquer lesão a bem jurídico. Indenizar, aqui, significa reparar o dano causado à vítima, retornando a mesma ao estado anterior à prática do dano. Ocorre que isto na maioria das vezes não é possível, razão pela qual se busca uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. Ocorre que nem todo dano é indenizável, mas somente aquele que preencher os requisitos de certeza e atualidade. Considera-se atual o dano que já existe no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese.

O dano é formado pela lesão somada à perda. A lesão pode ser material ou moral, já a perda, que é a consequência da lesão, pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. A lesão material afeta somente o patrimônio do indivíduo, já a lesão moral afeta o ofendido na sua qualidade de ser humano, atingindo sua esfera psíquica e íntima. Será necessário conferir especial atenção ao dano moral, visto que a prática da alienação parental não atinge o patrimônio da vítima, mas sim sua esfera íntima e psíquica, atingindo o indivíduo em sua condição de pai/mãe do menor, afetando os sentimentos familiares e as relações interpessoais.

O dano moral atinge o ofendido como pessoa, lesando um bem que integra os direitos da personalidade, e que acarreta dor, sofrimento e tristeza, porém, é necessário destacar que esta afetação é relevante para o Direito desde que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, fugindo à normalidade, ou seja, o mero aborrecimento não dá ensejo à responsabilização por dano moral. Assim sendo, não é necessário comprovar que o sujeito sofreu com a lesão, pois isso é presunção absoluta.

O dano possui duas formas de reparação, quais sejam: específica (devolver o bem) ou por pagamento de equivalente em dinheiro. Nos casos de reparação por alienação parental, caso seja possível, deve-se realizar o pagamento em equivalente em dinheiro, visto que não é possível retornar a vítima ao *statuo quo ante*.

É claro que a prática dos atos que configuram a alienação parental trazem um dano à esfera psíquica da vítima e do menor, causando, inclusive, problemas de comportamento social do menor, que, via de regra, ainda encontra-se em formação.

Esses atos vão de encontro aos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio do direito de família que trata do melhor interesse do menor, bem como fere o direito dos familiares de terem uma convivência harmônica e perpetuação dos laços afetivos que os unem, principalmente aqueles formados entre pais e filhos.

Desta forma, o juiz, no momento em que as perícias forem realizadas, caso seja constatado comportamento alienante, deve adotar a medida mais benéfica para o menor, a fim de cessar esta violência emocional, bem como imputar ao alienador o dever de indenizar a vítima e o menor.

O alienador tem o dever legal de indenizar os danos causados à vítima e ao menor, visto que produziu na esfera jurídica de ambos um dano. Esta indenização deve se revelar necessária a reparar os danos causados, bem como servir de uma barreira para que comportamentos assim não se repitam.

É importante destacar que a reparação por responsabilidade civil é apenas uma forma de diminuir os prejuízos já causados, mas cabe ao juiz, à luz da Lei 12.318/2010, principalmente ao que consta no art. 4º, determinar as medidas legais para que o alienador cesse a influência maléfica na formação do menor, que aqui, deve ser a maior preocupação da sociedade.

Diante de tudo o quanto exposto, a reparação civil em casos de alienação parental é não apenas possível, mas necessária. Porém, não pode ser a única medida a ser adotada pelo Judiciário, pois o norte é promover o fim da prática de tais atos, e, acessoriamente, diminuir os prejuízos já causados pelo alienador à vítima e ao menor, como por exemplo a destituição do poder familiar daquele que pratica a alienação parental, ou a instituição da guarda compartilhada, que tem se apresentado como uma forma eficaz de combate a essas práticas.

## 8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Agostinho, **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1972

Ap. 101.697-4 SP, 1ª Câ., Julgado em 25.07.2000 – acesso em 15/03/2013)

AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Casamento: instituição em xeque**. In: SOUZA, Ivone. M. C. Coelho de. **Casamento: uma escuta além do judiciário**. Florianópolis, 2006.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani . **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

BRASIL. **Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**, de. *Sérgio Resende Barros*, in ANAIS do IV CONGRESSO DO IBDFAM, Ed. Del Rey, BH.

BILAC, Elisabete Dória, CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). **Família: alguma inquietações**. In *A família contemporânea em debate*, São Paulo, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.427. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, DJe 198 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+427+7+.NUME.+OU+ADI+4277+.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09. nov. 2012.

CAVALIERI, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª Edição. Editora Atlas.2012.

CARVALHO, Dimas Messias, **Adoção, Guarda e Convivência familiar**, Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2013.

CORREA, Priscila. **Síndrome da Alienação Parental**, págs 8 e 9. artigo publicado na Revista do CAO Cível nº 15 - Ministério Público do Estado do Pará, jan/dez 2009, Revista IBDFAM – ano 8, nº 40, Fev/Mar/2007, Revista Pediatria Faculdade de Medicina da USP – SP – vol. 28 nº 3/2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 6ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, volume 7**. 25º Ed. Editora Saraiva, São Paulo. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria geral das Obrigações**. 16ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira e ALEXANDRIDIS, Georgios, **Alienação Parental**, São Paulo, Editora Saraiva. 2011.

FILHO, Waldir Grisard. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função Social da Família**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARDNER, Richarda A, **O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)?** Disponível em [www.alienaçãoparental.com.br/textos-obre-sap](http://www.alienaçãoparental.com.br/textos-obre-sap). Acesso em: 17 mar 2013.)



GUAZZELLI, Mônica. **O princípio da igualdade aplicado à família**. Coordenação Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno, "Direitos Fundamentais do Direito de Família". Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6ª Edição, v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro volume 4: Responsabilidade Civil**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad Civil**. Buenos Aires. Editora Hammurabi. 1979.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. In: Direito de família e o novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice Dias; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. volume XVI. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

LOPES, Miguel M. Serpa, **Curso de direito civil**, v 5. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1999.

NETO, Caetano Lagrasta, **Grandes temas de Direito de Família e Sucessões/** Coordnadores Regina Beatriz Tavares da Silva, Theodureto de Almeida Camargo Neto, São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalista**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. V, 25ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2012.

PEREIRA, Sérgio Gischnow. **Estudos de Direito de Família**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004.

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Nº de Processo 001/0.01.0048260-4 . 8ª Câmara Civil. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. Julgado em 17 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 5ª Ed. Editora Atlas. São Paulo. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. 2. ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Saraiva, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes, **Das obrigações em Geral**, v. 1, Editora Almedinha. Coimbra. 2000.