

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO PARENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERSPECTIVAS DO ABANDONO AFETIVO E DA ALIENAÇÃO PARENTAL

GABRIELA CRUZ AMATO TEIXEIRA

Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul (PUCRS)
Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Introdução

A presente investigação tem por objetivo analisar o instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo e de alienação parental, ensejando assim, a possibilidade do cruzamento entre a responsabilidade civil e o direito de família, ou, mais especificamente, possibilitando a responsabilização civil na própria família, estabelecida pelo rompimento do dever fundamental de cuidado parental dos pais para com os filhos.

Para tanto, serão analisados os direitos fundamentais da criança e do adolescente, assim reconhecidos tanto no Brasil como em Portugal, alcançando uma proteção jurídica específica a esta parcela da população, que merece especial atenção por sua condição de pessoas em desenvolvimento. A partir do estudo da doutrina da proteção integral, conceito trazido pelos documentos internacionais de proteção da criança e do adolescente, poder-se-á verificar que a mencionada proteção integral destinou um tratamento diferenciado às crianças e adolescentes, reconhecendo-os enquanto sujeitos de direitos fundamentais. Direitos estes que vinculam não apenas à família, mas também à sociedade e ao Estado. Se, de um lado, encontram-se os direitos reconhecidos às crianças e adolescente, de outro lado, são atribuídos deveres à família, à sociedade e ao Estado, que os impelem ao cumprimento de determinadas obrigações. Dentre as obrigações atribuídas à família, está o dever fundamental de cuidado parental, que estabelece a necessidade do exercício da paternidade responsável.

Contudo, o dever fundamental de cuidado parental poderá sofrer rupturas por parte daqueles que têm o poder-dever de proteção, educação e salvaguarda dos direitos fundamentais de sua prole. Nesta investigação, o descumprimento deste poder-dever fundamental será analisada em duas vertentes: o abandono afetivo e a alienação parental. A partir do estudo destes institutos, restará evidenciada a possibilidade, ao menos em tese, da responsabilidade civil pelo descumprimento deste dever de cuidado parental. Com o objetivo de compreender como se dará este caminho, será dedicada uma análise à responsabilidade civil, a fim de entender quais são os pressupostos, que, quando perfectibilizados, darão ensejo a responsabilização civil nas referidas hipóteses de descumprimento do dever fundamental de cuidado parental, nomeadamente, na comprovada ocorrência de prática de alienação parental e abandono afetivo.

1. Direitos fundamentais da criança e do adolescente: uma visão panorâmica da Doutrina da Proteção Integral

A Doutrina da Proteção Integral inaugura a “nova era dos direitos da criança e do adolescente”.¹ Consiste numa rede de proteção que resguarda os direitos fundamentais da criança e os princípios fundamentais que orientam as relações a que pertencem, buscando ações afirmativas que possibilitem a efetivação destes preceitos.² Não está expressa em nenhum dispositivo constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, embora faça menção à proteção integral, não traz em si um conceito, portanto, sua compreensão se dá através de construções a partir da soma de elementos que caracterizam esta rede de abrangente proteção às crianças e adolescentes.³ Trata-se

¹ A afirmativa diz respeito à transição da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral, haja vista que esta última é mais abrangente, pois opera proteção à todas as crianças e adolescentes, independente de se encontrarem em situação irregular ou não. Para FAY DE AZAMBUJA, “vencia-se, na última década do século XX, a primeira etapa de um longo processo de transformação que perdura até os dias atuais”. Cf.: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 53.

² ELIAS reconhece que apenas a norma não basta “para que o melhor se concretize”, além disso, “os recursos destinados devem ser adequadamente empregados, bem como uma fiscalização para a concreta aplicação deles”. Cf.: ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

³ Sobre o tema, AMIN destaca que “apesar do artigo 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais e, portanto, ser de aplicação imediata, coube ao Estatuto

de princípio cujas raízes foram construídas na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Portanto, tem sua origem nos documentos internacionais de proteção à criança, posteriormente incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁴

Elias define a proteção integral como o conjunto de elementos, fornecidos à criança e ao adolescente, necessários “ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”. O autor classifica os elementos necessários ao pleno desenvolvimento em: assistência moral e assistência material. Entende por assistência material, as necessidades relacionadas ao seu desenvolvimento físico, tais como “alimentos, vestuário, medicamentos, habitação, etc.”; identifica como assistência moral, a falta de capacidade das crianças para todos os atos da vida civil, e a incapacidade relativa do adolescente para alguns destes atos, necessitando ser suprida pela representação, no primeiro caso, e pela assistência, no segundo caso.⁵ A classificação do autor está correta, porém incompleta. Haveria que acrescentar aqui uma assistência psíquica, por assim dizer, pois há um dever de assistir o filho que está para muito além disso, relacionando-se também com o que se pode denominar de proteção psíquica, isto é, com o resguardo da saúde psíquica da criança, mantendo-a distante dos riscos que atentem contra seu bom desenvolvimento psicológico. Facchini Neto, discorrendo sobre a proteção integral, esclarece que esta deve ser entendida “como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos”. Para o autor, diferentemente dos direitos fundamentais alcançados à todos, estes “concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um

da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral. A nova lei, como não poderia deixar de ser *ab initio* estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, indistintamente, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. Cf.: AMIN, Andréia Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4º ed., rev. e atual. 3º tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 14.

⁴ Os documentos internacionais de proteção à criança serviram de influência direta, tanto para a consolidação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente na Constituição Federal de 1988, como também para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerado modelo internacional.

⁵ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. p. 2.

comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos”.⁶

No mesmo sentido, Motta Costa define a proteção integral como sendo a “base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude”. Tem como pressuposto a condição especial de pessoas em desenvolvimento, “que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade”. Cumpre aos adultos, “no desempenho de seus papéis sociais”, a tarefa de oferecer as condições necessárias para que estes sujeitos de direito, crianças e adolescentes, “possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades”. É, portanto, “a responsabilização dos adultos pelo cuidado e garantia de condições para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade”.⁷ Para Fonseca, a Doutrina da Proteção Integral sustenta-se através: a) do “reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento titular de proteção especial”; b) do direito à convivência familiar atribuído a crianças e jovens; c) da obrigação das Nações subscritoras em “assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade”.⁸

Reconhecer a titularidade de direitos fundamentais a essa “parcela da população”, significa considerá-los “sujeitos autônomos, mas com exercício de suas capacidades limitadas em face de sua etapa de vida”, isto é, possuem direitos e obrigações “graduais na medida de seu estágio de desenvolvimento”. A autora refere que a proteção integral é complementada por princípios, tanto elencados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, como também por outros princípios constitucionais, “entre os quais, destacam-se: princípio da prioridade absoluta; princípio do melhor interesse; princípio da brevidade e excepcionalidade; princípio da condição

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. *Premissas para uma análise da contribuição do Juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://ijj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-02.pdf>. Acessado em: 10 de dezembro de 2015. p. 24.

⁷ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 131.

⁸ FONSECA, Antonio Cesar Lima da. *Direitos fundamentais das crianças e adolescentes*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8-9.

peculiar de desenvolvimento; e princípio da livre manifestação, ou direito de ser ouvido”.⁹

Neste viés também está a compreensão de Fay de Azambuja ao considerar que a Constituição Federal de 1988 inovou ao elevar os direitos fundamentais da criança e do adolescente “ao patamar de prioridade absoluta”, lançando um chamado “à família, à sociedade e ao poder público”, com relação ao atendimento destes direitos fundamentais. Por isso, “de todos os setores há de vir o envolvimento, recaindo de igual forma, sobre todos, a responsabilização pelo descumprimento dos novos deveres”. Para a autora, “negar à criança os direitos humanos fundamentais, frente ao disposto na nova Carta, passa a significar a negação à própria dignidade humana”. Porém, alerta contra o pensamento comodista, ao destacar que não se pode compreender as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como “ponto de chegada”. Muito pelo contrário, devem ser encaradas como um ponto de partida, um passo inicial “que apenas lança seus primeiros alicerces na história do Brasil”.¹⁰

Elias denomina como princípio da cooperação, a tríplice estrutura da proteção¹¹ da criança e do adolescente, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais elencados no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no artigo 4º do estatuto da Criança e do Adolescente. Incumbe-lhes ainda o dever de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Nesse sentido também está o entendimento de Amin, ao considerar que “a responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita co-gestão e co-responsabilidade”.¹²

Para Fachinetto, embora seja abrangente, a proteção integral “não afasta a necessidade de proteção especial àquelas crianças e adolescentes que, em decorrência de situação de risco pessoal ou social, passam a merecer atenção específica da família,

⁹ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. p. 131-132.

¹⁰ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 55.

¹¹ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. p. 4.

¹² AMIN, Andréia Rodrigues. *Doutrina da proteção integral*. p. 14.

da sociedade e do Estado”.¹³ No campo teórico, a doutrina da proteção integral “está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável.”¹⁴

Fonseca defende que proteção integral “é a denominação que se dá ao protetivo arcabouço legislativo e social, ancorado na Constituição Federal e em documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente”. Tendo como fundamento o cuidado e a efetivação dos direitos fundamentais, a proteção integral traz a possibilidade de crianças e adolescentes figurarem na qualidade de titulares de seus direitos fundamentais. Trata-se de verdadeira evolução na história dos direitos da criança. O autor sustenta a importância de salientar que o uso da expressão “Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente” carrega um sentido abrangente, que identifica todo o complexo legislativo nacional e internacional que se destina à proteção das pessoas cuja personalidade ainda não está completamente formada. Proteger esta parcela da população de forma integral significa cercar-se de todos os recursos possíveis para garantir o seu desenvolvimento saudável.¹⁵

Como demonstrado, denomina-se Doutrina da Proteção Integral, a conquista dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, consagrados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Embora no Brasil tal conquista tenha se adiantado, inaugurando no texto constitucional esta nova era antes mesmo de entrar em vigor a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, inegável é a influência dos documentos internacionais de proteção à criança para esta abertura constitucional. Mas

¹³ FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51. Sobre esta dificuldade no campo prático Bodin de Moraes e Brochado Teixeira esclarecem: “[...] a concepção da criança como um cidadão, embora um cidadão-criança, deve implicar inevitáveis transformações em sua autonomia privada. O principal problema é que existe um potencial conflito ou, eventualmente, uma manifesta contradição entre os ‘direitos de liberdade’ e os ‘direitos de proteção’. Em particular, e não apenas no Brasil, a transposição de princípios libertadores para o ambiente educacional e, mais ainda, para o ambiente familiar tem se revelado de difícil efetivação, dado o alto grau de paternalismo presente na cultura brasileira”. Cf.: MORAES, Maria Celina Bodin de. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2129.

¹⁴ AMIN, Andréia Rodrigues. Doutrina da proteção integral. p. 15.

¹⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 14-16.

não apenas no Brasil se pode visualizar a forte influência internacional. A Convenção de 1989, mudou a história dos direitos da criança em diversos países, tendo sido ratificada por 191 Estados, ficando de fora apenas Estados Unidos e Somália.

Em Portugal, Bolieiro e Guerra também destacam a importância da Convenção de 1989. O país foi um dos primeiros a ratificá-la, o que ocorreu através de Decreto do Presidente da República em 12 de setembro de 1990.¹⁶ Os autores consideram que a Convenção “constitui o grande marco na história da infância, ao traçar a viragem na concepção dos direitos da criança”. A partir dela foi possível o “reconhecimento jurídico da criança como sujeito autónomo de direitos, ao mesmo tempo que destacou a importância da família para o seu bem-estar e desenvolvimento harmonioso”.¹⁷ Traçando um comparativo entre a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 – que estabeleceu dez princípios de proteção à infância – e a Convenção de 1989,¹⁸ os autores esclarecem porque a primeira, embora tão inovadora para o contexto em que surgiu, não tornou efetivo aqueles princípios, ao afirmarem que:

A grande diferença entre a *Convenção* e a Declaração dos Direitos da Criança reside no facto de aquela *tornar os Estados que nela são Partes juridicamente responsáveis pela concretização dos direitos da criança* que a mesma consagra e por todas as acções que adoptem em relação à crianças, enquanto a *Declaração impunha simplesmente obrigações de natureza moral* que se reconduziam a princípios de conduta para as nações.¹⁹

¹⁶ Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de Setembro, publicado no Diário da República, I Série A, n.º 211/90. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dc-conv-sobre-dc.html>. Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

¹⁷ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 14-15.

¹⁸ Sobre as inovações trazidas pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ALBUQUERQUE considerou que “com seus 54 artigos que consagram direitos tão diversos como o direito à educação, à proteção da criança em conflitos armados e em situações de exploração sexual, o direito à saúde, à proteção contra a violência, entre outros, consiste no primeiro instrumento internacional que vem fixar um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos da criança”. Cf.: ALBUQUERQUE, Catarina de. Os direitos da criança em Portugal e no mundo globalizado: o princípio do interesse superior da criança. In: MONTEIRO, A. Reis [et. al.] *Direitos das crianças*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 40.

¹⁹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. p. 15.

Para o Direito português, muito mais que uma força propulsora dos direitos da criança, a Convenção representa “a matriz do edifício jurídico-normativo relativo a infância e reveste um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo”, tanto dos dispositivos da Constituição portuguesa, como também das leis ordinárias “que consagram direitos da criança”. Ela exerce, sobretudo, uma função norteadora de todas as normas relacionadas à proteção da infância e adolescência.²⁰

Realizada esta breve análise - sobre a influência da Convenção em relação aos Direitos da Criança de 1989 tanto no direito brasileiro, como no direito português - foi possível observar que a abertura para os direitos fundamentais da criança e do adolescente ocorreu quase simultaneamente nos Estados mencionados. Restou demonstrado, em ambos os casos, a força exercida pela Convenção, possibilitando esta mudança de paradigma nos Estados que a ratificaram.

2. O dever de cuidado parental decorrente dos artigos 36.º, número 5 da Constituição da República portuguesa e 227 da Constituição Federal brasileira

Ainda que seja um dever de todos assegurar - com absoluta prioridade - estes direitos fundamentais, garantindo o respeito ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, principalmente a família, responsável por constituir os primeiros laços afetivos, deve estar atenta ao cumprimento destes deveres. Dentre os princípios de proteção à criança e ao adolescente, merece destaque o princípio da paternidade responsável, destinado especialmente aos pais, reforçando este poder-dever de cuidado para com os filhos. O princípio da paternidade responsável está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, mas também se depreende do dever de cuidado expresso no artigo 229, *caput*. Assim:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos *princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos

²⁰ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. p. 17-18.

educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[...]

Art. 229. *Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*

Trata-se de princípio que não interessa apenas à família, mas também ao Estado, visto que, exercendo a paternidade responsável, os pais estão também cuidando do bom desenvolvimento de sus filhos. Logo, “é um princípio que se reveste também de caráter político e social da maior importância”. Cunha Pereira esclarece que o princípio da paternidade responsável constitui “um desdobramento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade e da afetividade”. Mais que isso, “ele está contido nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça”.²¹ Conforme já mencionado, a paternidade responsável não é apenas um dever dos pais para com os filhos, trata-se de um direito que estes possuem e que deve ser reconhecido. Na mesma medida, possuem os filhos o direito de que, em sua direção, seja exercida uma paternidade/maternidade de forma responsável.²²

Mais do que fundamental, a paternidade é “fundante do sujeito”. A relação familiar-afetiva, que se constrói entre pais e filhos, pode ser determinante para a formação psíquica da pessoa. Por isso, “tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar”. A paternidade/maternidade exercida de forma responsável, liga-se diretamente com o direito fundamental à educação. Educar no sentido de instruir, ensinar, orientar. Mas não só. Além disso, cumpre aos pais o fornecimento de assistência moral, material e afetiva. Vale lembrar que, “independentemente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p. 243 e 245.

²² Sobre esse poder-dever, SOTTOMAYOR orienta que o mesmo se pode encontrar no direito português. O artigo 1874 do Código Civil português “reconhece que a relação de filiação é estabelecida não só no interesse dos filhos/as, mas também no interesse dos pais, estabelecendo entre pais e filhos/as, deveres recíprocos de auxílio, assistência e respeito”. Cf.: SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulamentação das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 5º ed. rev. aum. e atual. Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 19.

educação dos filhos”. Ainda que os genitores não possuam mais uma vida em comum, de modo algum esta decisão pode afetar a convivência entre pais e filhos. Pais se separam, mas os filhos não.²³

O dever de cuidado e o exercício da paternidade responsável, estão para muito além da relação biológica, “mas também afetiva”, já que “não se resume à assistência material”. Para Cunha Pereira, “embora o Direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos”. Por isso, quando agem em conformidade com as funções de pai e mãe, estão os genitores trabalhando em favor do pleno desenvolvimento psicofísico da criança e do adolescente. Ainda, conforme o entendimento do referido autor, a “assistência moral e afetiva é, portanto, um dever jurídico, não uma faculdade”.²⁴

Sottomayor apresenta importante conceituação acerca das “responsabilidades parentais” no direito português. A autora afirma que, objetivamente, a responsabilidade parental diz com a obrigação dos pais de suprir a “incapacidade negocial de exercício dos filhos/as menores de 18 anos, não emancipados”. Mas a esta função não se resume. Sottomayor adota uma “concepção personalista” das responsabilidades parentais, de acordo com a qual:

A criança é considerada não apenas como um sujeito de direito, susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e auto-determinação, de acordo com a sua maturidade. Daí que a menoridade não seja um bloco mas constitua um processo de evolução gradual ou de emancipação progressiva, reconhecendo a lei à criança, nalguns aspectos, uma maioria sectorial ou especial.²⁵ [grifou-se]

O princípio da paternidade responsável, além de orientador do direito de família e dos direitos da criança e do adolescente - pode-se dizer -, é também fundamental para a orientação do exercício do instituto do poder familiar.²⁶ Poder familiar, “poder

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p. 245-246.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p. 246-247.

²⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulamentação das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 5ª ed. rev. aum. e atual. Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 17-18.

²⁶ “A expressão contida na Lei estatutária – “pátrio poder” – já havia sido afastada pelo Código Civil de 2002 por “Poder Familiar”, mas conservando o mesmo significado: um feixe de direitos e

parental ou autoridade parental, é um poder-dever: é poder, pois traz consigo um elo de autoridade dos pais sobre os filhos menores”; é também “dever, pois obriga ambos os pais no atendimento integral das necessidades dos filhos”. É uma via “de mão dupla”, posto que “impõe deveres”, mas também “reconhece direitos, não se podendo ignorar que seu exercício se concentra exclusivamente no interesse do menor”. Daí porque, se pode afirmar, a influência direta do princípio da paternidade responsável. Vale dizer, o poder familiar deve ser conduzido sob a égide daquele princípio. Em se tratando de direitos das crianças, todos os princípios de proteção interagem entre si, podendo-se notar que um complementa e se reforça no outro.

O poder familiar tem por características ser: “irrenunciável”, “imprescritível”, “mas com duração limitada no tempo”, “indelegável” e “inalienável”.²⁷ Trata-se de instituto pertencente ao direito de família, cujos reflexos são sentidos diretamente no direito das crianças e adolescentes. Vale lembrar que não é um direito absoluto dos pais, pois “o seu mau uso em detrimento dos direitos da criança ou do adolescente poderá determinar a interferência do Estado para fazer valer o princípio do melhor interesse”. De acordo com o artigo 1634 e incisos, do Código Civil de 2002, são “direitos-deveres que os pais exercem em relação aos filhos menores e que são inerentes ao poder familiar”.²⁸

deveres – mais deveres e obrigações do que direitos - detido e exercido pelos pais, conjuntamente. Agora, com o advento da Lei nº 12.010, de 3-8-2009, (art. 3º), deram-se a modificação e a atualização nos arts. 21, 23, 24, art. 36, parágrafo único, art. 45, § 1º, 49, 129, 148, 155, 157, 163, 166, 169, 201 e 249, todos do ECA”. Cf.: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. p. 72.

²⁷ Consta no Código Civil de 2002, em seus artigos 1630 a 1638.

²⁸ “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”. Sobre a característica da irrenunciabilidade, FONSECA ressalta que “deve ser vista *cum grano salis*, pois em casos de tutela ou adoção permite-se o consentimento dos pais no tocante ao poder familiar. Seriam exceções, portanto”. Cf.: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. p. 72.

No direito português, a expressão “responsabilidades parentais”²⁹ veio substituir o antigo “poder paternal”, a partir da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro.³⁰ Sottomayor defende que a mudança foi apropriada, devido ao fato de que a “palavra ‘poder’ significa posse, domínio, hierarquia”. Além disso, para a autora, a última expressão se relaciona melhor com o atual conceito de família, visto que - em conformidade com a Constituição portuguesa, e também com Código Civil - “a família deve ser participativa e democrática, bem como baseada na igualdade entre os seus membros e em deveres mútuos de colaboração”. Sottomayor criticou o uso da palavra “paternal”, por compreender que fazia alusão à autoridade do pai sobre a pessoa dos filhos, remontando à ideia de “família patriarcal”, onde o pai - e chefe da família - era hierarquicamente superior à mulher e aos filhos. Expressões como “*responsabilidade parental*” ou “*cuidado parental*”, remetem a um “compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos/as”.³¹ Assim também compreenderam Bolieiro e Guerra, ao afirmarem que a expressão poder paternal denotava uma “ideia (falsa) de um poder- sujeição e de uma clara ascendência do pai homem”.³²

Em proposta à modificação da expressão portuguesa “poder paternal”, antes de entrar em vigor a lei que estabeleceu a nova nomenclatura – “responsabilidades parentais” – Martins sustentou a possibilidade de adoção da expressão “cuidado parental”. Considerou-a mais abrangente do que a denominação até então consagrada,

²⁹ BOLIEIRO e GUERRA esclarecem que o termo foi “retirado directamente ou implicitamente, da Recomendação nº R(84) sobre Responsabilidades Parentais do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, dos artigos 18º e 27º., nº 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, assinada em Estrasburgo em 25-1-1996, e dos artigos 26º e 36º., nº 5 e 6, da Constituição da República Portuguesa”. Cf.: BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. p.155.

³⁰ Trata-se de “diploma que veio dar nova cor às regras do divórcio em Portugal, mexendo também com a figura do «Poder Paternal», substituindo-a pelo conceito mais expressiva de «Responsabilidades Parentais»”. Cf.: BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. p. 154-155.

³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulamentação das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. p. 19-20.

³² BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família - uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. p.155.

isto porque, além de visar o “desenvolvimento das faculdades físicas, intelectuais, morais, emocionais e sociais do filho”, tem por objetivo “o pleno e harmónico desenvolvimento da personalidade deste”. Na opinião da autora, o cuidado parental deveria buscar um equilíbrio, harmonizando, de um lado, a “necessidade de proteção” e, de outro, “promoção da autonomia”. Isto é, com o crescimento e desenvolvimento dos filhos, a necessidade de proteção diminui e a promoção da autonomia deve ser incentivada, “com a correspondente concessão de espaços cada vez maiores de autodeterminação”. Com isso, deve haver “necessariamente uma progressiva redução da extensão dos poderes-deveres que integram o cuidado parental”, alcançando assim “o justo equilíbrio das exigências de heterodeterminação e autodeterminação que se colocam em cada momento da vida da criança e do adolescente”.³³

Embora a recente lei portuguesa não tenha utilizado a denominação “cuidado parental”, como sendo a nova expressão que dá nome ao antigo instituto do poder paternal, não deixa de ter certa relação com aquela, visto que o objetivo é alcançar ambos os genitores a possibilidade de exercer a paternidade/maternidade, educando, instruindo, orientando, fornecendo assistência material, moral e afetiva, empenhando-se para colaborar com o pleno desenvolvimento da personalidade de seus filhos.

No Brasil, como visto, a palavra “poder” ainda integra o instituto, mas a conotação que hoje se atribui ao poder familiar, em nada lembra a antiga concepção de pátrio poder, que se ligava à noção de posse dos pais sobre os filhos. Agora é verificado “um direito de exercer determinadas funções, visando precipuamente à proteção dos filhos”.³⁴ O princípio constitucional da proteção integral deve orientar o exercício do poder familiar, especialmente no que diz respeito com o dever de cuidado parental.³⁵

³³ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 227-229

³⁴ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. p.25.

³⁵ BOFF argumenta que “o cuidado não se esgota num ato que começa e acaba em si mesmo. É uma atitude, fonte permanente de atos, atitude que se deriva da natureza do ser humano. Duas significações são preponderantes no cuidado enquanto atitude: a primeira designa o desvelo, a solicitude, a atenção, a diligência e o zelo que se devota a uma pessoa ou a um grupo ou a algum objeto de estimulação. O cuidado mostra que o outro tem importância porque se sente envolvido com sua vida e com seu destino. O segundo sentido deriva do primeiro. Por causa deste envolvimento afetivo, o cuidado passa a significar: a preocupação, a inquietação, a perturbação e até o sobressalto pela pessoa amada ou com a qual se está ligado por laços de parentesco, amizade, proximidade, afeto e amor. O cuidado faz do outro uma realidade preciosa como, por exemplo, nossos filhos e filhas e nossos enfermos. [...] O cuidado

Barboza afirma que “a concepção de cuidado integra o ‘ser-no-mundo’, que é algo que vai além do estar no plano físico com as coisas e outros seres humanos”. É a partir de uma relação plena com todas as coisas que estão no mundo que o homem vai em busca da construção do “próprio ser, a autoconsciência e a própria identidade”. Na condição de “valor implícito do ordenamento jurídico, o cuidado vincula as relações de afeto, de solidariedade e de responsabilidade”, tanto familiar, como também do ser humano enquanto cidadão. A base para o reconhecimento do cuidado enquanto valor jurídico-constitucional, está na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, “que constitui um componente significativo das regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro”. Todavia, vale dizer, este reconhecimento “não o torna obrigatório”.³⁶

O dever de cuidado constitui, assim, um dever moral e jurídico, especialmente no que toca às responsabilidades parentais. Com fundamento na “cláusula geral de proteção da pessoa humana”, é no princípio da paternidade responsável que o cuidado adquire dimensões de “alteridade, reciprocidade e complementariedade”. O cuidado sempre existiu na família, o que mudou foi o sentido a ele atribuído. Porquanto, “no passado, o cuidado com os indivíduos compreendia uma série de funções consideradas atribuições quase ‘naturais’ da família, que as cumpria automaticamente segundo uma consolidada distribuição de papéis”, atualmente, o dever de cuidado na família, além de adquirir uma conotação mais ampla e complexa, não se resume apenas ao ambiente familiar, especialmente em relação às crianças e adolescentes, sendo também distribuído e atribuído “a outras estruturas, inclusive públicas, como a escola”, por exemplo.

Com isso, não se quer dizer que a família tenha as suas funções e seu dever de cuidar reduzidos, ao contrário, significa afirmar que houve uma dilatação de tais deveres, cujos quais fogem às competências da família, necessitando do auxílio de

também estabelece um sentimento de mútua pertença: participamos, satisfeitos, dos sucessos e vitórias, bem como das lutas, riscos e destino das pessoas que nos são caras. Cuidar e ser cuidado são duas demandas fundamentais de nossa existência pessoal e social”. Cf.: BOFF, Leonardo. *O cuidado necessário: na vida, na saúde, na educação, na ecologia, na ética e na espiritualidade*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 28-29.

³⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coords.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87-88.

instituições especializadas (de ensino, etc.).³⁷ Ademais, como visto, o dever de cuidado parental possui múltiplas facetas, podendo haver o cumprimento de uma e o descumprimento de outra, simultaneamente. Mas, este descumprimento, ainda que em apenas uma, das múltiplas vertentes nas quais se desdobra esse dever de cuidado, não deixa de caracterizar a falta de cuidado, mesmo que seja apenas do dever de convivência, no qual se insere o cuidado afetivo.

3. O descumprimento do dever de cuidado parental em duas vertentes: a alienação parental e o abandono afetivo

Como visto o dever de cuidado parental, entendido enquanto um dever moral e jurídico, incumbe à família, sobretudo aos pais, a obrigação de cuidar e proteger suas crianças e adolescentes, garantindo-lhes o seu desenvolvimento pleno e saudável. Este dever de cuidado parental inclui ainda a noção do exercício da paternidade responsável, vale dizer, determina que os pais exerçam o seu papel de modo responsável, levando em conta os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Mas, embora existentes, estes deveres paterno-filiais nem sempre são cumpridos, no todo ou em parte, gerando com isso, o rompimento da relação de cuidado afetivamente construída e juridicamente estabelecida.

Nesta investigação, o descumprimento do dever fundamental de cuidado para com a prole será analisado em duas vertentes: a alienação parental e o abandono afetivo, destacando-se que, das múltiplas facetas que o dever de cuidado abrange, estas duas vertentes referidas caracterizam o descumprimento do dever de cuidado, no que tange ao dever de convivência, ou seja, o dever de participar, estar fisicamente presente e cuidar de perto da vida e dos interesses do filho. Deste modo, ainda que haja o cumprimento das outras facetas deste dever de cuidado – como por exemplo, o dever de pagar alimentos – a inobservância desta responsabilidade parental, por assim dizer, constitui a ruptura de um dos elos que compõem esse dever.

³⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. p. 90-91.

3.1 A alienação parental

Inicialmente, importa frisar que a alienação parental distingue-se do conceito de Síndrome de Alienação Parental. Primeiro porque nos interessa aqui coibir a prática de alienação parental, independentemente das discussões quanto a consideração ou não do instituto enquanto síndrome. Segundo porque, ao esclarecer essa distinção, é possível vislumbrar a prática de alienação parental em diversos níveis, já que, para Gardner, era possível reconhecer que alguns atos poderiam ser praticados, e reconhecidos como alienação parental, sem que para tanto fossem constitutivos de uma síndrome. Assim, ao realizar essa diferenciação, Gardner buscou demonstrar que, embora a Síndrome de Alienação Parental constitua uma das espécies de alienação parental, possui um nível de gravidade mais elevado, visto que é formada pelo conjunto de sintomas que refletem na criança, a partir da prática reiterada desta espécie de alienação.³⁸ Nesse sentido, “assumindo contornos mais graves do que a mera alienação parental, exige-se, portanto, maior cuidado e precisão na identificação e tratamento destas situações por parte do julgador e dos especialistas envolvidos”.³⁹

Ademais, parece que o autor quis deixar evidente que a gravidade da Síndrome de Alienação Parental está no nível de envolvimento da criança/adolescente, posto que, ao chegar nesse estágio, a criança/adolescente se vê absorvida pelas influências do alienador, contribuindo, dessa maneira, com a campanha difamatória contra o genitor

³⁸ GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Traduzido por Rita Rafaeli. Disponível em: <http://www.alienacao-parental.com.br/biblioteca/artigos-ingles>. Acesso em: 05 de novembro de 2015. Ver também: GARDNER, Richard A. *Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?* Disponível em: <http://www.rhfinc.org.au/docs/pavspas.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2015. GARDNER, Richard A. *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation*. Disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016. SOUSA esclarece que GARDNER distingue em “três níveis ou estágios de desenvolvimento da SAP”, em conformidade com os “manuais psiquiátricos de classificação de transtornos mentais”. Assim, nos níveis leve, moderado e severo, os sintomas “surgem com frequência e intensidade diferenciados”. Cf.: SOUSA, Analicia Martins de. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 106.

³⁹ CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 55.

alienado.⁴⁰ A partir dessa programação, a difamação ganha veracidade para a criança/adolescente, quando então, passa a dar continuidade - por ato próprio - à campanha iniciada pelo genitor alienador.⁴¹ A prática de atos de alienação parental reflete-se no abuso emocional praticado contra a criança/adolescente.⁴²

A alienação parental consiste na prática denegritória abusiva e deliberada, por parte do genitor alienador – ou aquele que detém sobre a criança ou adolescente alguma espécie de *poder* – em detrimento do genitor alienado, a fim de realizar uma verdadeira “lavagem cerebral”, gerando o rompimento da convivência entre o filho e o genitor alienado, chegando em muitos casos ao rompimento também estendido à família do genitor alienado, aniquilando também estas relações. Assim, a alienação parental, poderá resultar em um afastamento forçado do convívio entre os filhos e o genitor

⁴⁰ PERISSINI DA SILVA refere que a Síndrome de Alienação Parental constitui uma “patologia psíquica gravíssima que acomete a criança cujos vínculos com o pai/mãe-alvo estão gravemente destruídos por genitor ou terceiro interessado que a manipula afetivamente para atender tais motivos escusos”. Cf.: SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda compartilhada e alienação parental: o que é isso?* 2º ed. rev. e atual. Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2011. p. 46.

⁴¹ Vale destacar que “o entendimento de Gardner equipara, com efeito, a criança a um ser autômato, que recebe e executa instruções”. Para justificar o envolvimento da criança na SAP, o autor “estabelece uma relação de causa e efeito, que desconsidera o potencial dos indivíduos de (re)agir diante das situações mais adversas, bem como a complexidade das relações humanas”. Cf.: SOUSA, Analicia Martins de. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 103.

⁴² Ramos de Carvalho, seguindo a linha do entendimento de Gardner, define que as diferenças entre a Síndrome da Alienação Parental e a alienação parental, são fundamentais para que se compreenda a problemática que envolve a primeira. Tais distinções estão vinculadas ao fato de que na SAP, existe um “conjunto de comportamentos e ações desenvolvidas por um dos progenitores sobre os menores”. Consiste em “controlar a relação entre estes e o progenitor alienado” visando gradualmente “afastá-los, criando nos menores a atitude de repulsa e rejeição relativamente a este progenitor”. Contudo, em relação à alienação parental, considera-se um “termo mais genérico que abrange não só os casos de abuso emocional, presente nos casos de SAP, mas também situações de abuso psicológico”.⁴² Perissini da Silva destaca que a Alienação Parental “caracteriza o ato de induzir a criança a rejeitar o pai/mãe-alvo (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual)”; já a Síndrome de Alienação Parental consistiria no “conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente dos atos de Alienação Parental”. Cf.: CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 54-55.

alienado.⁴³ No Brasil, a alienação parental é tratada através da Lei 12.318/2010, cujo objetivo é o de coibir a prática de alienação parental por parte dos genitores. Em Portugal, embora o tema seja tratado nos tribunais e também pela doutrina, a coibição de sua prática se dá a partir dos mecanismos gerais do sistema de proteção à criança e ao adolescente.⁴⁴

Com a entrada em vigor da Lei de Alienação Parental, o Brasil tomou a frente no tocante ao reconhecimento jurídico do problema da alienação parental. Assim reconheceu Ferreira Feitor, autora portuguesa, ao afirmar que “o Brasil foi pioneiro no tratamento jurídico da Alienação Parental” ao reconhecer tal problemática, “primeiramente pelos Tribunais, e agora, pelo legislador, criando um instrumento legislativo de grande mérito e mais-valia para uma correcta, justa e adequada composição destes litígios”. A autora ainda destacou a importância da Lei nº 12.318/2010, considerando-a um “excelente exemplo de como deve ser juridicamente

⁴³ Sobre o tema, ver: MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A síndrome da alienação parental. In: APASE (Org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013; FREITAS, Douglas Phillips. Reflexos da lei de alienação parental (Lei nº. 12.318/2010). In: *Revista Síntese de Direito de Família*, v.12, nº. 62, out./nov. 2010. TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26-27; FREITAS, Douglas Phillips de; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Também sobre o tema, ver o nosso AMATO, Gabriela Cruz. A alienação parental como elemento violador dos direitos fundamentais e dos princípios de proteção à criança e do adolescente. In: *Revista Síntese de Direito de Família*, nº 75, dez./jan. 2013.

⁴⁴ Algumas decisões: PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Regulação do poder paternal. Alienação. Processo nº. 6689/03.1. Relator: Jorge Leal. Julgado em: 12/11/2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/827141d6794823df80-2576b2005c3e1f>. Acesso em: 10 de maio de 2016; PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Regulação das responsabilidades parentais. Superior interesse da criança. Alienação parental. Processo nº. 612/09.7. Relatora: Maria Alexandra M. Santos. Julgado em: 11/04/2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/52a037a9dccb689680257de10056fb76?OpenDocument>. Acesso em: 10 de maio de 2016; PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Regulação do exercício de responsabilidades parentais. Incumprimento. Audição do menor. Processo nº. 1516/06.0. Relator: Vieira e Cunha. Julgado em: 19/06/2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/eea5f76d9ad52ca180257a32004f5c48?OpenDocument>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

regulado e tratado” o fenômeno da alienação parental, mostrando com isso, sério empenho e dedicação no combate a estes problemas.⁴⁵

Por fim, vale referir que a lei brasileira apresenta em seu artigo 2º o conceito jurídico de alienação parental.⁴⁶ Assim, pela lei brasileira, considera-se ato de alienação parental a “interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores”, podendo a referida prática alienadora até mesmo ser atribuída aos “avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade”, com a finalidade de que a criança ou adolescente “repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.⁴⁷

3.2 O abandono afetivo

⁴⁵ FEITOR, Sandra Inês Ferreira. *A síndrome de alienação parental e o seu tratamento à luz do direito de menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 153.

⁴⁶ Para Almeida Júnior, embora não seja comum o legislador estabelecer um conceito acerca dos institutos jurídicos – o que é até elogiável, visto que, quando o faz pode acabar aprisionando a evolução do instituto –, no caso do referido artigo, a forma exemplificativa e não exaustiva do conceito de alienação parental ficou bastante adequada, pois traz a noção do instituto, o que é necessário para a compreensão sobre o que trata a lei, mas, ao mesmo tempo, não delimitou a sua compreensão, tratando-se, portanto, de conceito aberto, cuja interpretação deverá ser pautada pelos princípios de proteção à criança e ao adolescente. Cf.: ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. Comentários à lei de alienação parental – Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010. In: *Revista Síntese de Direito de Família*, v. 12, nº. 62, out./nov. 2010. pp. 7-17. p. 10.

⁴⁷ “Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”.

O abandono afetivo constitui prática exatamente contrária a alienação parental, posto que aqui, não há o interesse do convívio por parte do genitor ou tão pouco é ele impedido desse convívio. Trata-se, em verdade, do desinteresse ou falta de vontade de garantir e reforçar os laços de afeto com seus próprios filhos. Independentemente da motivação, fato é que a prática é perpetrada pelo genitor. Mas, para que se possa falar em abandono afetivo, é necessário que o ato seja praticado pela livre vontade do genitor, sem que ninguém tenha obstruído esse contato, caso contrário, o fato seria caracterizado como alienação parental, e não abandono afetivo. Assim como na alienação parental, o abandono afetivo gera para a criança, inegavelmente, danos psíquicos, justamente pela certeza de que o genitor não se aproxima porque não tem interesse nesse convívio, o que se reflete em um grande sentimento de rejeição para a criança. Já começa, desde tão cedo na vida familiar, um problema capaz de gerar transtornos em muitas pessoas: a rejeição. Ainda mais porque é um sentimento de rejeição que provem daquele que deveria estar o mais atento possível em fornecer todos os cuidados, além de carinho e atenção.

O abandono afetivo caracteriza-se pela omissão por parte de um dos genitores no que tange ao dever de cuidado, educação e zelo de sua prole. Trata-se, efetivamente, de um desinteresse, de um deixar de oferecer afeto, proteção e carinho, constituindo assim, uma forma de verdadeiro abandono.⁴⁸ Para Hironaka, o abandono afetivo se perfectibiliza pelo descumprimento de um dever de educação *lato sensu*, isto é, compreendido este em sua “acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo”. Contudo, a autora menciona que, para ocorrer o abandono afetivo, é necessário que previamente tenha existido uma “efetiva relação paterno-filial”. Em se tratando de paternidade fruto de uma relação esporádica ou passageira, é preciso que o pai abandonador tenha conhecimento da existência da prole, pois não parece razoável que alguém seja responsabilizado civilmente pelo abandono de prole desconhecida. Portanto, o conhecimento da prole é fator indispensável para que se possa discutir o abandono. Apenas a partir da configuração de uma efetiva relação paterno-filial, é que se poderá cogitar o abandono. Por outro lado, é possível que um pai ou mãe fisicamente presente, inclusive financeiramente, possa ser demandado em decorrência do abandono

⁴⁸ DOMINGUES, Ludmilla de Mello Bomfim Motta. *O abandono afetivo na relação paterno-filial e a possibilidade de responsabilização civil por dano moral*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. p. 162-163.

afetivo, posto que o aspecto fulcral do instituto diz com o dever (*lato sensu*) de educação, o que implica o estabelecimento de relação afetiva.⁴⁹

Nesse sentido também está o entendimento de Cunha Pereira e Silva, ao afirmar que o dever de convivência familiar, previsto no artigo 227 da Constituição Federal brasileira, constitui “corolário do dever de sustento”, sendo que este dever de convivência não pode se esgotar na presença física, “na coexistência, com ou sem coabitação”. Está para muito além disso, não se podendo afirmar que constitua meramente um dever de manutenção dos filhos.⁵⁰

Sobre o dano psíquico causado à criança ou adolescente pela prática do abandono afetivo, ou melhor, pelo deixar de fazer, deixar de fornecer o cuidado afetivo e deixar de conviver com o filho, sustentou Hironaka que constitui este um dano à própria personalidade do indivíduo. Isto porque é no começo da vida, ainda no âmbito familiar que a pessoa tem a oportunidade de desenvolver a sua personalidade. Essa experiência, seja boa ou ruim, posteriormente refletirá ao longo de toda a sua vida social. Quando a criança ou adolescente tem o desenvolvimento da sua personalidade prejudicado, isso poderá ter consequências no decorrer da sua vida, em que todas as relações podem acabar marcadas por tudo o que viveu na vida familiar em seus primeiros anos de vida.⁵¹

Em linhas gerais, o abandono afetivo caracteriza-se pela ocorrência do fato (abandono), o descumprimento de um dever cuidado e proteção, no que diz com a

⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Silva, Cláudia Maria. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/s-e/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em 05 de março de 2016. p. 674-675.

⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016. Também nesse sentido, sustenta Fialho: “O dano causado pela ausência afetiva é, primordialmente, um dano causado à personalidade do indivíduo uma vez que é através da família que a personalidade se constrói e manifesta. Assim, os progenitores são responsáveis pelo exercício pontual dos deveres parentais, independentemente da existência ou não de uma sociedade conjugal, uma vez que não foram exonerados das suas funções parentais”. Cf.: FIALHO, Ana Catarina Janeiro. *Da responsabilidade civil por abandono afetivo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014. p. 46.

afetividade, e o efetivo dano causado na prole, em decorrência do abandono. Tendo em vista a existência de seus aspectos nitidamente subjetivos, percebe-se a extrema dificuldade na apuração de uma efetiva responsabilização civil, havendo a necessidade de um exame pormenorizado do caso concreto, além do estabelecimento de limites para que não haja a confusão do instituto, tornando-o uma forma jurídica de vingança abusiva.

Em Portugal, acentua Fialho, o tema do abandono afetivo não é ainda tratado pela jurisprudência e pela doutrina com tanta extensão, especialmente se comparado às discussões sobre essa temática no Brasil. Contudo, na visão da autora, o tema merece um melhor desenvolvimento, sobretudo porque o instituto constitui uma violação aos interesses da criança, “naquilo que é essencial ao seu desenvolvimento - o afeto e o cuidado”. Sob esse argumento, considera justificada a necessidade de um estudo que vise apurar se a omissão culposa por parte dos genitores poderá ensejar a obrigação de indenizar.⁵²

Estabelecidos um enquadramento conceitual dos institutos analisados, nomeadamente, o abandono afetivo e a alienação parental, cumpre, a partir de agora, verificar as possibilidades jurídicas pela busca de uma responsabilização civil como forma de atenuar os danos psíquicos e morais causados por estas práticas que constituem uma forma abalo psicológico na formação e desenvolvimento das crianças e adolescentes dentro do próprio âmbito familiar, local que deveria ser identificado como a morada do amor, do afeto e da proteção. Contudo, antes de mais, é importante frisar que a possibilidade de uma responsabilização civil, tanto na alienação parental como no abandono afetivo, não é entendimento pacífico, e que, portanto, deve ser vista com toda a cautela.

4. Responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de cuidado parental(?)

A noção de responsabilidade pressupõe a existência de uma capacidade para tal. Ter capacidade ou ser capaz de agir ou de desempenhar algum papel. Da mesma forma, ser responsável implica também em um dever. Um dever de agir de uma determinada forma, ou de cumprir determinada tarefa. Por isso, diz-se que alguém é ou possui uma

⁵² FIALHO, Ana Catarina Janeiro. *Da responsabilidade civil por abandono afetivo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014. p. 10.

responsabilidade quando esta pessoa tem algo que a habilite a ter responsabilidade ou ser responsável por determinada coisa ou pessoa.⁵³ O que habilita aos pais a serem responsáveis por seus filhos é a própria condição de pais; a condição de pessoas que deram a vida à uma criança, que, inevitavelmente, depende de seus pais para se desenvolver, pelo menos, durante a infância e a adolescência. Por isso, os pais têm a *responsabilidade* como uma qualidade intrínseca à sua própria condição de pais. Responsabilidade pela educação, subsistência, assistência, proteção e amor. Para além destas responsabilidades básicas, são ainda responsáveis pelo primeiro contato da criança ou adolescente com a vida social. É na família onde a criança ou adolescente constrói suas primeiras relações sociais e, o fruto desta experiência, se repercutirá em todas as demais relações de sua vida. Daí a importância do exercício de uma *paternidade responsável*.⁵⁴

O exercício da paternidade responsável está ligado ao cuidado parental. O *cuidado parental* apresenta-se em duas perspectivas. Trata-se, simultaneamente, de um *dever*, mas também de um *direito* por parte dos progenitores. Constitui um *dever* porque revela-se como uma obrigação inerente à qualidade de pai e mãe. A família – com o apoio da sociedade e do Estado – possui o dever de educar, resguardar, proteger e trabalhar pelo desenvolvimento de sua prole. Se tal obrigação é quase que intrínseca à condição dos *pais*, é preciso que a ambos seja facultado o exercício desta obrigação. Por isso, pode-se dizer que o cuidado parental constitui também um *direito* a ser exercido por ambos os progenitores. Um direito que é também dos pais, mas principalmente dos filhos. É necessário que haja espaço, que haja um campo fértil para que ambos os progenitores possam desenvolver sua capacidade de educar e também de dar afeto.

Mas, muitas vezes isto não é possível. Seja pela vontade espontânea, de deixar o filho à mercê da falta de amor; seja pela impossibilidade gerada por situações criadas maliciosamente por um dos genitores, ou mesmo por aquele que detém sobre a criança ou adolescente algum tipo de domínio. Acerca destas perspectivas, pretende-se

⁵³ Assim também considerou Prata, ao sustentar que: “ser imputável civilmente supõe ser física, intelectual e psicologicamente capaz de conhecer as imposições e proibições normativas e de se conduzir livremente em função desse conhecimento. Adotar, no cumprimento de tais deveres, a diligência exigível mais não é do que cumprir um dever de proteção do dever primário”. Cf.: PRATA, Ana. Responsabilidade civil. In: *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Almedina, 2008. p. 310.

⁵⁴ Conforme mencionado, trata-se de princípio consagrado pela Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 226, § 7º.

desenvolver uma aproximação entre o estudo da responsabilidade civil, em especial, quando a responsabilização se dá na própria família, e o dever – ou não – de indenizar gerado, tanto pelo abandono afetivo – primeiro caso –, bem como – no segundo caso – por atos de alienação parental. Antes, contudo, necessário se faz esclarecer alguns aspectos gerais acerca dos pressupostos específicos da responsabilidade civil.

5. Responsabilidade civil: perspectiva geral

A responsabilidade civil, por localizar-se nas fontes das obrigações, poderá gerar a obrigação de indenizar, sempre que alguém sofrer prejuízos causados por outra pessoa, resultando, portanto, este prejuízo em um dano. Assim, tem-se que a responsabilidade civil constitui instituto jurídico utilizado como forma de reparar os danos gerados na esfera civil de um indivíduo, causados por terceira pessoa.⁵⁵

Afirmar que alguém é civilmente responsável por determinada situação é o mesmo que dizer que esta pessoa agiu de determinada forma, que acabou por ensejar a necessidade de reparar outrem por algum dano causado.⁵⁶ A responsabilidade civil poderá ser gerada pela obrigação contratual, *responsabilidade civil contratual*; ou ainda poderá ser oriunda do descumprimento dos “deveres gerais de conduta”, impostos pelo ordenamento jurídico como um meio de proteção geral da comunidade, esta designada *responsabilidade civil extracontratual*. É no campo da responsabilidade civil extracontratual que reside o objeto desta investigação: a responsabilidade civil (extracontratual) por abandono afetivo ou por alienação parental. Ainda que de modo muito superficial, vale mencionar que a responsabilidade civil extracontratual poderá ocorrer em razão de fato ilícito, pelo risco ou por intervenções lícitas. Aqui nos

⁵⁵ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Rudimentos da responsabilidade civil*. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2016.

⁵⁶ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra, 1983. p. 7. Assim também considera Stoco: a responsabilidade civil “constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro. Na origem dessa figura está a noção de desvio de conduta. Ou seja: a teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito (tomado no sentido de *directus* ou *rectus*, isto é, reto em linha reta)”. Cf.: STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4.º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

interessa apenas o primeiro conceito. Assim, haverá a responsabilização civil por fato ilícito, quando o ordenamento jurídico estabelece como pressuposto a obrigação de reparação de dano causado por terceiro, desde que seja possível apurar a existência de um nexo de causalidade e o dano causado, vale dizer, “o fundamento da responsabilidade aqui é *a culpa*”, ou ainda, é necessária a comprovação da existência de um “juízo de reprovação” suscitado pela conduta do agente, gerando “uma aproximação entre os juízos de censura da moral e do direito”.⁵⁷

Pode-se afirmar que o objeto da investigação reside no campo da responsabilidade civil (extracontratual) por fato ilícito, já que as condições em análise, tanto da alienação parental como do abandono afetivo, condizem, em alguma medida, com os aspectos acima expostos. Assim, em ambas as situações, haverá o descumprimento de um dever (legal) de responsabilidade parental, verificado a partir do nexo causal entre a apuração da culpa do agente e o dano causado.⁵⁸

Na perspectiva da doutrina subjetivista da responsabilidade civil podem ser extraídos três elementos fundamentais: a) o dano; b) a culpa; c) o nexo causal entre o dano e a culpa.⁵⁹ O elemento da culpa, enseja divergência na doutrina e dá lugar à

⁵⁷ Sobre os conceitos da responsabilidade civil extracontratual pelo risco ou por intervenções lícitas, ver: SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra, 1983. p. 7-10.

⁵⁸ “A doutrina é unânime em afirmar, como não poderia deixar de ser, que não há responsabilidade sem prejuízo. O prejuízo causado pelo agente é o «dano»”. Cf.: STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4.º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

⁵⁹ “Art. 186. Aquele que, por *ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. “Art. 927. Aquele que, por *ato ilícito* (arts. 186 e 187), *causar dano* a outrem, *fica obrigado a repará-lo*. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Grifou-se. Cf.: Artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2016. De modo semelhante estabelece o Código Civil português em seu artigo 483: “Artigo 483.º (Princípio geral)1. Aquele que, com *dolo ou mera culpa*, *violar ilicitamente o direito* de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a *indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”. [Grifou-se]. Código Civil português. Disponível em: [40](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&ar-tigo_id=&nid=775&pagina=5&ta-</p></div><div data-bbox=)

discussão sobre a teoria da culpa na responsabilidade civil. Na sua essência, a teoria da responsabilidade subjetiva, assentar-se-á, fundamentalmente “na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima”.⁶⁰ A culpa enquanto elemento da responsabilidade civil, possui sua origem na teoria da responsabilidade penal, onde a culpa é vista como um mal que carece de sanção. No campo civilístico, pode ser compreendida como “uma espécie de pecado civil”.⁶¹ Aliás, vale lembrar que a responsabilidade jurídica se divide em duas vertentes: a do direito civil – responsabilidade civil –, e a do direito penal – responsabilidade penal. A distinção entre ambas reside na espécie de dano causado. Se o dano tiver origem em ato que constitua crime ou contravenção, então poderá ensejar a responsabilização criminal. Se o dano for resultado apenas de ato ilícito, pelo descumprimento de um dever jurídico (*lato sensu*), então poderá haver a responsabilização civil. Naturalmente, ambas as situações poderão ser concomitantes, o que resultará em uma responsabilização civil e criminal.⁶²

Genericamente, a culpa poderá ser compreendida enquanto “fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável”. A partir desse quadro, poderá se desdobrar em um elemento objetivo (“expressado na iliceidade”) e um elemento subjetivo (“o mau procedimento imputável”). Na perspectiva da conduta reprovável, o dolo “configura a culpa no sentido amplo”, identificado pela expressa “vontade de prejudicar”; e a negligência, entendida como a “culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico”, identificada como o modo negligente de agir com “relação ao direito alheio”.⁶³

bela=leis&nversao=&so_miolo= Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 29-35.

⁶¹ PRATA, Ana. Responsabilidade civil. In: *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Almedina, 2008 p. 309.

⁶² STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. p. 62-63.

⁶³ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. p. 66. Pereira, ao distinguir entre ato ilícito e ato jurídico refere que, os atos jurídicos (“jurígeno”) têm a capacidade de gerar “direitos ou deveres para o agente, na conformidade do em que consista a finalidade contida na declaração de vontade”. Por outro lado, os atos ilícitos, “por contravirem aos ditames da ordem jurídica, somente dão nascença a obrigações para o agente”. É a figura do ato ilícito que sobressai no âmbito da teoria da responsabilidade subjetiva, caracterizado enquanto “ente dotado de

O ato ilícito, fruto de uma “conduta humana e voluntária”, gerará uma consequência real no “mundo exterior”. Essa consequência é traduzida na forma de um “atentado a um bem juridicamente protegido”, cuja a existência é apurada “no plano normativo da culpa”. O resultado danoso, oriundo da conduta ilícita que fere um bem juridicamente protegido, é exatamente o que enseja a responsabilidade civil. “Não há responsabilidade sem um resultado danoso”. Contudo, esta “conduta humana e voluntária” que gera o resultado danoso poderá ocorrer pela ação ou pela omissão. Ambas, constituem “o primeiro momento da responsabilidade civil”. Assim, a norma jurídica poderá ser violada por um fazer (ação), mas também por um não fazer (omissão). Independentemente de ação ou omissão, o que irá gerar a responsabilização civil é a ofensa ao bem juridicamente protegido.⁶⁴

Cumprido salientar que no caso da alienação parental, a responsabilidade será por ação do agente, o alienador, que age em favor de uma árdua campanha de desqualificação da conduta do genitor alienado; e, por outro lado, no abandono afetivo, a responsabilidade civil será pela omissão do agente, o progenitor que deixou de cumprir com seu dever de cuidado parental, que descumpriu o seu dever de exercício de uma paternidade responsável. Aliás, de um lado e de outro verifica-se o descumprimento de um dever jurídico de cuidado. Além disso, existe a violação em escala dos princípios de proteção à criança e ao adolescente, tais como o princípio da absoluta prioridade e do superior interesse da criança e do adolescente, princípios estes que iluminam toda a rede de proteção destas pessoas, as quais destina-se uma condição privilegiada de proteção por estarem em fase de desenvolvimento de sua personalidade e de suas capacidades. Por estes princípios, entende-se que, nas relações familiares, os filhos merecem uma proteção especial por parte do Estado, a fim de assegurar que alcancem seu desenvolvimento de forma plena.

Tanto no caso de abandono afetivo, como no de alienação parental, verificando-se que a conduta (por ação ou omissão), reflete-se em um resultado danoso (dano), apurando-se a violação de um dever jurídico (dever de cuidado e responsabilidade

características próprias, e identificado na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos”. Para o autor, a responsabilidade civil no direito brasileiro “assenta no princípio fundamental da culpa”. Cf.: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 29-32.

⁶⁴ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. p. 64-65.

parental) e de um bem juridicamente protegido (a saúde psíquica da criança e do adolescente e a convivência familiar saudável), fundada na culpa (*lato sensu*) do agente, constata-se evidente prejuízo à perfectibilização do dever da família de respeito e salvaguarda dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Somados, todos estes elementos auxiliam na caracterização do nexo de causalidade entre a culpa e o dano, restando, portanto, o prejuízo enquanto elemento gerador do dever de indenizar.⁶⁵ Assim, a “responsabilidade civil entra no seio familiar” e passa a reconhecer a ocorrência de “danos a serem ressarcidos” até mesmo entre pais e filhos.⁶⁶

Contudo, deve-se mencionar que, tal como evoluiu o direito de família, bem como seus deveres de responsabilidade para com os filhos, destaca Bodin de Moraes que, a mudança se verifica também na responsabilidade civil, especialmente quando o instituto é operado no âmbito do direito de família. A autora destaca que, se no início do século XX não havia responsabilidade sem culpa, hoje, com os novos contornos da responsabilidade civil, cuja maior ênfase está centrada no dano injusto ou injustificado (do que propriamente na “atenção exclusiva para com o ato ilícito”), é possível que haja obrigação de reparar o dano, mesmo se tratando – nas palavras da autora – de “ofensor não culpado”. Isto porque, na atualidade, pela “objetivação da responsabilidade, com a cláusula geral de responsabilidade pelo risco e com as hipóteses de presunção de culpa”, o peso do “princípio de que a vítima não pode ficar irresarcida” vigora sobre a expressão “nenhuma responsabilidade sem culpa”.⁶⁷ Portanto, embora reconheça-se a importância da apuração da culpa, em sede da proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes, sobretudo da salvaguarda de seus direitos fundamentais, acredita-se que a visão da responsabilidade civil centrada mais efetivamente no dano injusto propriamente dito, encontra maior conformidade com a proteção privilegiada dos direitos das crianças e adolescentes conferida, inclusive, pelos diplomas internacionais.

6. A responsabilidade civil na alienação parental e no abandono afetivo

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 75.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 426.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*. p. 428.

A família atual está reconfigurada. Ela representa o *locus* de amor e de respeito à dignidade de cada um de seus membros, cujas relações se prendem por um único elemento: a afetividade. Reconhecer e respeitar as novas estruturas familiares,⁶⁸ significa, por derradeiro, reconhecer e respeitar a importância do afeto nestas relações. Santos parte do pressuposto de que a afetividade “é inerente à personalidade” humana, por esse motivo, “os aspectos afetivos da personalidade constituem um valor jurídico a ser preservado na vida em sociedade”.⁶⁹ Para Cunha Pereira, a Constituição Federal brasileira de 1988, ao centralizar a família como base da sociedade e, com isto, reconhecer a importância da função parental para o desenvolvimento da pessoa, demonstra claramente a sua “preocupação com os filhos”, reconhecendo-os “como verdadeiros sujeitos de direito”.⁷⁰ Através do afeto e da convivência familiar ocorrerá a transferência de valores” e a “inserção do filho na vida social”. Para o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente, mais do que o suprimento de suas necessidades básicas, tais como vestuário e alimentos, é preciso que ambos os pais lhe dediquem atenção e afeto. Deve ser assim, mas nem sempre é o que acontece.

Assim como há pais/mães privados da companhia e da possibilidade de dar afeto aos seus filhos através da prática de alienação parental, há também aqueles que ignoram este direito-dever, decorrente do poder familiar e, simplesmente, abandonam seus filhos, desprezando completamente o seu dever de cuidado para com a prole.⁷¹

⁶⁸ Para além daquelas espécies de famílias reconhecidas no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, cujo rol não é taxativo.

⁶⁹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 151.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Claudia Maria. *Nem só de pão vive o homem*. In: *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em 19 de dezembro de 2015.

⁷¹ Para NEVES, “fala-se em abandono afetivo sempre que se percebe que o genitor que não detém a guarda do filho menor se fastia deste e não lhe proporciona uma assistência moral”. Responsabilidade civil por abandono afetivo. No entendimento do autor, a convivência familiar não pode ser confundida com a convivência social (esporádica). Cumpre a ambos os pais o direito-dever de conviverem com seus filhos, além de fornecer-lhes assistência moral e material, visto que, “é na família que os valores morais são transmitidos, o afeto é compartilhado e há troca de experiências entre as gerações. É por esta causa que não se pode substituir a convivência familiar por visitas esporádicas, sob pena de se confundir a convivência familiar com a social. Portanto, mesmo que haja a assistência material, poderá ficar configurado o abandono afetivo”. Cf.: NEVES, Rodrigo Santos. In: *Revista Síntese de Direito de Família*, v. 14, n.º. 73, ago./set. 2012. pp. 96-108. p. 96, 106-107.

Retomando o que já fora mencionado, dentre os deveres decorrentes do poder familiar, está o dever dos pais de dirigir a educação de seus filhos, bem como de tê-los em sua companhia e guarda.⁷² Ademais, depreende-se da leitura dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal brasileira o dever jurídico de cuidado com a prole. Os pais que abandonam, violam tais direitos, mas, principalmente, desconsideram a dignidade de seus filhos, relegando-os ao desamor. O limite das obrigações e deveres dos pais para com os filhos, deu ensejo às discussões jurídicas acerca dos danos decorrentes do – então denominado – abandono afetivo.⁷³ Santos, considera que:

[...] o *dano afetivo* pode acontecer por dois modos: por agressão ao patrimônio afetivo ou por ataque direto à estrutura psíquica da vítima. *No caso do abandono afetivo, o que se tem é uma agressão direta à estrutura psíquica da vítima, com o que a vítima se sente diminuída na sua condição de pessoa humana. O pai – em regra, mas pode também ser a mãe – deixa de prestar comportamentos pró-afetivos, isto é, aqueles capazes de proporcionar o surgimento e a manutenção de laços de afetividade. Vale dizer que não se trata simplesmente de uma omissão, mas sim de uma ação deliberada com o sentido de causar na vítima um sentimento de menos-valia. Essa situação, quando ocorrente, caracteriza a agressão à estrutura psíquica do filho e enseja a fixação de um valor a título de reparação pelos danos morais.*⁷⁴

Também neste sentido está o entendimento de Rosa, Carvalho e Freitas, ao defenderem que os pais possuem o dever legal de zelar pelos filhos, especialmente quando crianças, já que dependem totalmente dos pais, quanto mais do ponto de vista material e afetivo.⁷⁵ Embora seja tema controverso e de nuances bastante delicadas, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já julgou em favor do abandono afetivo, ao reconhecer a compensação por dano moral por tal prática. Considerando o “cuidado como valor jurídico objetivo”, o que se depreende da leitura do artigo 227, *caput* da Constituição Federal brasileira, a referida decisão constatou o descumprimento da imposição legal de cuidar, o que caracteriza a “ocorrência de ilicitude civil, sob a forma

⁷² Conforme dispõe o artigo 1634 do Código Civil de 2002.

⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Claudia Maria. *Nem só de pão vive o homem*.

⁷⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. p. 196.

⁷⁵ ROSA, Conrado Paulino; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips de. *Dano afetivo: danos morais no casamento e união estável*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 72.

de omissão”. Isto porque, este não-fazer atinge diretamente o bem juridicamente tutelado que é o dever de “criação, educação e companhia”, traduzido como um dever mínimo de cuidado, fundamental para o desenvolvimento psicológico da pessoa, bem como a devida inserção social. O desrespeito a estes fatores gera a possibilidade de indenizar.⁷⁶

De fato, não há um posicionamento unânime firmado sobre o assunto, mas tal decisão demonstra que, em alguns casos, poderá o abalo psíquico decorrente do abandono ensejar o dever de indenizar por parte dos pais.⁷⁷ Para Santos, a indenização por abandono afetivo pode não reestabelecer o vínculo, mas ao menos terá o “condão de produzir um conforto na vítima, em substituição ao valor que lhe foi suprimido”. Pode também não ser a melhor alternativa, mas representa “uma sinalização dada pelo Poder Judiciário de que a conduta é reprovada pela sociedade”.⁷⁸ Dias esclarece que é decisiva a influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, o que já está comprovado pelas ciências que estudam o comportamento

⁷⁶ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. *ABANDONO AFETIVO*. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por *abandono* psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do *abandono afetivo*, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andriahi, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2012, DJe 10/05/2012).

⁷⁷ Os autores também apresentam este exemplo em sua obra, para demonstrar a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Cf.: ROSA, Conrado Paulino; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips de. *Dano afetivo: danos morais no casamento e união estável*. p. 74-75.

⁷⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. p. 199.

humano. A partir desta realidade, é fundamental o exercício de uma paternidade responsável, passando a ser a convivência familiar, mais que um direito e sim um dever dos pais para com os filhos. Para a autora, “o sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes”, especialmente em se tratando de pessoas em formação. Quando o genitor deixa de atender ao dever de convivência com o filho - dever que decorre do poder familiar (ter o filho em sua companhia) -, tal omissão “produz danos emocionais merecedores de reparação”. No entendimento de Dias, a indenização por abandono afetivo, além de minimizar as sequelas psíquicas do filho, possui um caráter pedagógico, “ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar”.⁷⁹

Em sentido contrário aos argumentos mencionados, destaca-se o posicionamento de Moraes da Rosa. O autor, ao discorrer acerca do abandono afetivo e a possibilidade do ressarcimento deste dano através de indenização, contrariamente à “lógica patrimonialista do Código Civil” brasileiro, visa demonstrar que, embora seja passível o entendimento que um dano gerado poderá ensejar obrigação de indenizar, tal resposta jurídica ao dano, na esfera familiar, especialmente no que tange ao abandono afetivo, poderá ser “violadora do respeito à dignidade da pessoa humana”, pois considera que, quando é fixado um valor para a indenização, o prejuízo que não pode ser financeiramente quantificado, passa a ser apurado e a dívida, quando paga fica, portanto, quitada. Nas palavras do autor, “não amar, deixar de amar, odiar, sem atos verificáveis no mundo da vida, é próprio da condição humana”.⁸⁰ Todavia, o autor reconhece que essa opção do genitor que abandona – de não querer conviver ou manter contato com o filho –, acaba por resultar em um trauma na vida do filho, “cujo sentido veio somente depois, como tudo”. Mas ainda assim, entende que não é através da “demanda por indenização” que se poderá resolver essa questão, “felicidade, amor, não se

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª. ed. rev. atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2012.. p. 460-462.

⁸⁰ Ainda nesse sentido, continua o autor: “daí que o discurso do cuidado pode ser invocado justamente para apontar a necessidade de recompor limites do Poder Judiciário”. [...] “A demanda judicial pode ser o sintoma de um balbuciado pedido de ajuda, para o qual o Judiciário não pode ser o destinatário, por não ocupar o lugar, que é do analista”. Cf.: MORAIS DA ROSA, Alexandre. Cuidado e abandono afetivo: a equivocada tradução jurídica da dor. In: *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12-17.

compram com dinheiro. A reparação nessa ordem é sempre singular e de outro registro, cuja decisão condenatória nada sabe[...].”

Assim, o abandono afetivo, é tema de divergência na doutrina e jurisprudência e por isso deve ser avaliado com muita atenção e cautela. Entende-se que, enquanto prática que também caracteriza o incumprimento das responsabilidades parentais, já que consiste em uma omissão, ou seja um não fazer, por parte de um dos genitores, também poderá ensejar a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar pelos danos causados, mas, constitui prática, cuja comprovação do dano torna-se muito mais difícil, se comparado a alienação parental. Isto porque, na alienação parental, o nexos causal entre o dano e o ato, é mais perceptível, já que, inegavelmente, o impedimento praticado pelo genitor alienador, ao não permitir a continuidade de uma saudável relação entre a criança e o genitor alienado, parece um tanto mais fácil de se apurar no caso concreto. Já nos casos de abandono afetivo, fica mais difícil demonstrar que a omissão por parte do genitor em não cuidar (não dar afeto, não cuidar, não educar) acarretou verdadeiramente em um dano factível.

A reparação por abandono afetivo, como já afirmado, possui aspectos muito delicados e – reforça-se – deve ser avaliada com cautela e a depender do caso concreto. Isto porque existe ainda a possibilidade de o próprio genitor guardião impedir a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, configurando a prática de alienação parental. Aos olhos do filho, o outro genitor (alienado) o abandonou, ou melhor, abandonou a família, já que o alienador faz constante referência a isto. Nestes casos, mostra-se fundamental a abertura à interdisciplinaridade, pois somente com a interação entre o direito e a psicologia, será possível aferir a real situação. Comprovada a prática de alienação parental, inverte-se a possibilidade de indenizar. A reparação, que *prima facie* parecia ser dever de um genitor que abandonou, mostra-se, na verdade, dever de um genitor que alienou e impediu o fortalecimento dos laços de afeto entre o filho e o genitor alienado. Caracteriza-se, neste caso, a provável indenização por abuso afetivo, em decorrência de alienação parental, que poderá gerar ao alienador o dever de indenizar a ambos, filho e genitor alienado,⁸¹ conforme se depreende da combinação entre os artigos 3º e 6º da Lei de Alienação Parental brasileira.⁸²

⁸¹ Dias refere que o dano afetivo pode ser gerado também nos casos em que “não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade”, podendo haver responsabilização nesse sentido. Assim, “tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou

A prática de alienação parental, assim como o abandono afetivo, constitui uma forma de abuso emocional contra a saúde psíquica da criança e do adolescente. O artigo 3º da Lei de Alienação Parental refere que tal prática constitui abuso moral, “podendo também ser chamado de abuso afetivo, para dar maior vinculação ao tema”. O artigo 6º da mesma lei, não exclui a possibilidade de responsabilidade civil, quando caracterizados atos típicos de alienação parental. Para Freitas e Pellizzaro, a alienação parental constitui ato ilícito que “gera dano moral, tanto ao menor quanto ao genitor alienado, sendo ambos, titulares deste direito”.⁸³

Para Rosa, Carvalho e Freitas, quando a Lei de Alienação Parental afirma que tal prática fere direito fundamental à convivência familiar saudável, fica clara a configuração de uma “prática ilícita, culpável, ativa, geradora de dano”, caracterizando os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, de que trata o Código Civil, em seus artigos 186 e 187. Ao contrário dos casos de indenização por

ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com o mesmo. A genitora pode ser penalizada por sua postura e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos o dano afetivo”. Cf.: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 461.

⁸² “Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”. [grifou-se] “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: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar”. [grifou-se] Cf.: Lei de Alienação Parental 12.318/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

⁸³ FREITAS, Douglas Philips de; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. p. 34.

abandono afetivo, “não se trata de indenizar o desamor, mas de buscar a compensação pela prática ilícita (senão abusiva) de atos de alienação parental”.⁸⁴

Enquanto no Brasil, a possibilidade legal de responsabilidade civil por prática de alienação parental é mais perceptível, em Portugal, embora não haja legislação específica, existem alguns julgados dos Tribunais portugueses que já deram conta de apurar a questão da indenização em decorrência da prática de alienação parental. Todavia, na maior parte dos casos, as decisões têm como pano de fundo a discussão do descumprimento das responsabilidades parentais, cuja lei prevê a possibilidade de multa e indenização nestas situações.⁸⁵ Assim, a alienação parental aparece como uma prática que atenta contra o cumprimento devido das responsabilidades parentais.⁸⁶ O tema tem destaque e relevância na doutrina e na jurisprudência, demonstrando-se que a falta de uma legislação especial não acarreta em impunidade a este tipo de prática.

Contudo, é de se destacar que, no entendimento de Feitor, o fato de alienação parental ser ainda vista pelos Tribunais portugueses como questão paralela à discussão sobre as responsabilidades parentais, não sendo, portanto analisada frontalmente com vistas a uma atenção maior ao problema em si mesmo, acaba por acarretar em uma certa sensação de “impunidade e descrença na justiça”. Isso porque o alienador acaba por descumprir reiteradamente as decisões judiciais, por exemplo, com a finalidade de obstruir o contato entre o filho e o genitor alienado, deixando de respeitar as decisões

⁸⁴ ROSA, Conrado Paulino; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips de. *Dano afetivo: danos morais no casamento e união estável*. p. 126.

⁸⁵ Anteriormente, estava prevista na Organização Tutelar de Menores- OTM, em seu artigo 181, 1. Atualmente, o tema é tratado pela recente Lei nº. 141/2015, em seu artigo 41, 1: “Se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos”. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2428A0041&nid=2428&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 10 de maio de 2016.

⁸⁶ “Em Portugal só muito recentemente se introduziu a abordagem de temas como alienação parental, conflito parental, educação parental, parentalidade positiva ou maligna, igualdade parental, conflito parental, entre outros”. Cf.: FEITOR, Sandra Inês. Alienação parental: perspetiva portuguesa In: *Alienação parental – Revista Digital Lusobrasileira*. Edição especial de 25 de abril de 2014. Disponível em: https://issuu.com/sandraines3/docs/sem_t_tulo-2_teste. Acesso em: 10 de março de 2016.

sobre a guarda e direito de visitas. A falta de mecanismos coercitivos diretamente relacionados ao problema da alienação parental pode ocasionar, muitas vezes, um fortalecimento do alienador. A autora esclarece que os julgadores alegam não possuírem meios de impor o cumprimento coercitivo de suas sentenças”, o que já resultou em algumas condenações do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao Estado português pelo descumprimento da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nomeadamente em seu artigo 8º, que versa sobre o respeito ao direito à vida familiar e à vida privada.⁸⁷ Dentre os casos, observa-se que grande parte versa, em verdade, sobre a prática de alienação parental, perpetrada por um dos genitores, na qual o outro tem o seu direito de convivência familiar com o filho cerceado devido a essa obstrução, sem que os Tribunais conseguissem dar força coercitiva ao cumprimento de suas decisões.⁸⁸

Mesmo frente a problemática da dificuldade de operação de meios coercitivos ao cumprimento de sentenças, especialmente no que tange à prática de alienação parental, os Tribunais portugueses têm-se pronunciado a esse respeito. Vale destacar uma decisão do Tribunal da Relação do Porto, que determinou a um dos genitores a obrigação de indenizar ao outro pelo descumprimento das responsabilidades parentais pela prática de alienação parental, haja vista que aquele descumpria reiteradamente, as decisões relativas ao direito de visitas. Na aludida decisão, destacou o Tribunal: “Não pode porém o progenitor que tem a guarda facilmente se refugiar em impressões momentâneas da criança, ou, ao menos, não estruturadas, para nada fazer e, até na prática, vir a impedir o convívio com o progenitor não guardião”; além disso, considerou que: “A negação ou supressão do direito ao convívio com o progenitor sem a guarda dos filhos apenas poderá justificar-se - e como última ratio - no quadro de um conflito extremo entre o interesse da criança e o direito referido”.⁸⁹

⁸⁷ FEITOR, Sandra Inês. Alienação parental: perspectiva portuguesa In: *Alienação parental – Revista Digital Lusobrasileira*. Edição especial de 25 de abril de 2014. Disponível em: https://issuu.com/sandraines3/docs/sem_t_tulo-2_teste. Acesso em: 10 de março de 2016.

⁸⁸ Vale mencionar o “Caso Maire c. Portugal”, julgado pelo Tribunal de Estrasburgo em 26 de junho de 2003. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-119176"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 16 de maio de 2016. E também o “Caso Reigado Ramos c. Portugal”, julgado pelo Tribunal de Estrasburgo em 22 de novembro de 2005. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"language-isocode":\["POR"\],"docname":\["Reigado%20Ramos"\],"appno":\["73229/01"\],"itemid":\["001-119197"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 16 de maio de 2016.

⁸⁹ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Regulação do exercício de responsabilidades parentais. Incumprimento. Audição do menor. Processo nº. 1516/06.0. Relator: Vieira e

Como visto, tanto no caso da alienação parental como no caso do abandono afetivo, revela-se o descumprimento de um dever jurídico de cuidado e proteção da prole, sendo também desrespeitado o dever do exercício de uma paternidade responsável. Contudo, considera-se que, embora haja a possibilidade de se buscar pela via jurídica a responsabilização civil e a consequente indenização por abuso moral (no primeiro caso), e também pelo abandono afetivo (no segundo caso), deve-se levar em conta a extrema cautela para a detecção técnica de ambas as situações, especialmente quando se está a falar do abandono afetivo. Ao nosso ver, é situação ainda mais delicada que a alienação parental, já que pode estar mascarado, revestido pelas características do abandono, mas, em verdade, pode tratar-se de típico caso de alienação parental. A apuração por perícia psicológica aparece como fundamental para a verificação da efetiva existência dos institutos no caso concreto. É a partir do exame ponderado desta prova pericial e da extrema atenção aos detalhes de cada caso, que será possível perceber a realidade fática e somente então declarar a existência da alienação parental ou do abandono afetivo. Entende-se que somente após esta clara detecção da realidade é que poder-se-á pleitear a responsabilização civil.

Em termos de previsão no ordenamento jurídico, a possibilidade da responsabilização civil por danos causados em sede de alienação parental está prevista na legislação brasileira, em decorrência do disposto no artigo 6º da Lei de Alienação Parental, combinado com os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil brasileiro. No caso português, embora não haja legislação específica sobre alienação parental, o instituto não deixa de ser reconhecido por tal motivo, sendo objeto de discussão, tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência. Do mesmo modo, a possibilidade de tal prática ensejar a responsabilidade civil – bem como os danos morais (não patrimoniais) que podem ser estipulados em decorrência da concretização de seus pressupostos –, pode ser apurada a partir do disposto na recente Lei nº. 141/2015 – que revogou a antiga OTM – a qual prevê em seu artigo 41, a possibilidade de indenização por incumprimento das responsabilidades parentais. Para alguns, pode não parecer a melhor solução, mas é, inegavelmente, um meio legal e disponível para coibir a prática de alienação parental, que constitui, de fato, uma forma de descumprir com o dever de cuidado para com os

Cunha. Julgado em: 19/06/2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24-df5380257583004ee7d7/eea5f76d9ad52ca180257a32004f5c48?OpenDocument>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

filhos – que está compreendido dentro de um conceito de responsabilidade parental –, no que diz com o dever de zelar e proteger a sua saúde psíquica, e mais, empenhando-se para que sua vida familiar seja o mais saudável possível. Isso inclui um exercício altruístico, que garanta que a criança possa viver em companhia de ambos os pais, ainda que estes já não mais partilhem uma vida em comum.

Portanto, assim como no Brasil,⁹⁰ a jurisprudência portuguesa já vem, há algum tempo, manifestando-se quanto a possibilidade de indenização pela prática de alienação parental, ainda que enquanto prática contrária ao cumprimento das responsabilidades parentais. Anteriormente, em decorrência do previsto pelo artigo 181, 1 da OTM e, atualmente, em decorrência do disposto no artigo 41, da Lei 141/2015. Contudo, vale frisar que o referido artigo da nova lei acrescenta ao dever de indenizar pelo incumprimento das responsabilidades parentais, a necessidade de uma verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, ressalva que anteriormente não era feita.

Entende-se que, antes mesmo de apurar os pressupostos da responsabilidade civil, é necessário ter atenção a alguns passos, a fim de vislumbrar uma efetiva da alienação parental, para que, somente assim, possa ser atribuída ao genitor alienador a obrigação de pagamento de indenização. A saber: (i) é necessário apurar se o *incumprimento da responsabilidade parental* por parte do genitor alienador ocorreu de forma *reiterada*, bem como (ii) se este se deu de modo *grave e culposo*. Tais requisitos são de suma importância, para que se possa averiguar se o mencionado incumprimento das responsabilidades parentais, caracterizou ato ilícito e culpável, ou se, em verdade, constitui apenas situação eventual e esporádica. Não fosse assim, todo e qualquer incumprimento de responsabilidade parental daria lugar a uma indenização por dano

⁹⁰ Nos casos brasileiros, tem-se observado, especialmente, a indenização por prática de alienação parental em casos mais extremos, como a falsa imputação de abuso sexual da criança por parte do genitor, normalmente suscitada pela mãe. A comprovação da inocorrência do abuso, tem ensejado o dever de indenizar nesses casos, tais como: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 00134699020118260564. Relator: Neves Amorim. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cj-sg/getArquivo.do?cdAcordao=7842053&cdForo=0&v1Captcha=hDSEZ>. Acesso em: 30 de março 2016. E uma, das decisões de grande destaque neste tema: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº. 71002402675. Relator: Eugênio Facchini Neto. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71002402675&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris. Acesso em: 30 de março de 2016.

moral (não patrimonial).⁹¹ É necessário, para tal, que se corrobore mais do que um dessabor, é preciso a comprovação do dano causado na esfera pessoal, seja do genitor alienado, do filho ou ambos. Não se comprovando a ocorrência do fato reiterado e intencional, conseqüentemente não há lugar para a responsabilidade civil, não há como cogitar obrigação ou dever de indenizar.

Assim, ao falar em possibilidade de responsabilidade civil por prática de alienação parental, se está a pensar (i) no incumprimento reiterado da responsabilidade parental, perpetrado por um dos atos caracterizadores de alienação parental por parte do genitor que visa a alienação; (ii) que este incumprimento se dá de modo grave e culposos, cuja intenção seja claramente o rompimento da relação afetiva entre o genitor alienado e a criança; (iii) que o incumprimento, que se deu reiteradamente de modo grave e culposos, consubstancia-se em um ato ilícito, verificado pela violação do direito subjetivo dos filhos de conviver com ambos os pais, bem como pelo cerceamento, perpetrado pelo genitor alienador, do direito-dever do genitor alienado de conviver e educar seu filho; (iv) conforme já referido, que deste ato ilícito se possa depreender a culpa do genitor alienador, traduzida pela prática de atos com a nítida intenção de anular as possibilidades de convivência entre o genitor alienado e a criança, verificando-se assim um nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado (alienação parental) e a culpa (a prática intencional de atos com a finalidade de aniquilar a relação afetiva entre genitor alienado e a criança). Somente observados elementos é que poderá concluir pela responsabilização civil pela prática de alienação parental.⁹²

Por outro lado, o abandono afetivo, enquanto prática que também caracteriza o incumprimento das responsabilidades parentais, já que consiste em uma omissão, ou seja, um não fazer, por parte de um dos genitores, também poderá ensejar a

⁹¹ Vale mencionar o entendimento do Tribunal da Relação de Guimarães, ao esclarecer sobre a indenização por incumprimento das responsabilidades parentais, ao afirmar que: “A condenação em multa e em indemnização prevista no art. 181, no 1 da OTM apenas se justifica em face de um incumprimento reiterado, grave e culposos por parte do progenitor relapso”. Cf.: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo de Regulação Das Responsabilidades Parentais. Incumprimento. Condenação em multa. Alimentos. Visita. Relator: Edgar Gouveia Valente. Julgado em: 25 de novembro de 2013. Disponível: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d6d1a167-df4719b180257c43003f1531?OpenDocument>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

⁹² Esta afirmação configura uma análise teórica dos requisitos necessários para a responsabilização civil pela prática de alienação parental, inobstante a observância dos requisitos legais pertinentes, tanto no ordenamento jurídico português como no ordenamento jurídico brasileiro.

responsabilidade civil e a obrigação de indenizar pelos danos causados, mas, constitui prática, cuja comprovação do dano torna-se muito mais difícil, se comparado a alienação parental. Isto porque, na alienação parental, o nexo causal entre o dano e o ato, é mais perceptível, já que, inegavelmente, o impedimento praticado por dos genitores, ao não permitir a continuidade de uma saudável relação entre a criança e o genitor alienado, parece um tanto mais fácil de se apurar no caso concreto. Já nos casos de abandono afetivo, fica mais difícil demonstrar que a omissão por parte do genitor em não cuidar (não dar afeto, não estar presente) acarretou verdadeiramente em um dano factível.

Não se quer com isso afirmar que não seja possível a apuração do dano no abandono afetivo, apenas que existe uma dificuldade maior. Aliás, em se tratando de relações familiares, especialmente quando existe o interesse da criança em causa, não é possível afirmar preliminarmente qualquer certeza. Isso só é possível à luz dos ditames do caso concreto. Quando há o cruzamento entre o direito obrigacional e o direito de família, e, principalmente, o direito das crianças, toda a cautela é necessária, a fim de se proteger da melhor maneira possível os interesses dos envolvidos, sobretudo quando os envolvidos são os filhos, cujos interesses sobrepõem-se aos dos demais.

Considerando que "sem dano não há responsabilidade",⁹³ em se tratando de abandono afetivo, a discussão acerca da ocorrência de dano ou não torna-se desnecessária, haja vista que sequer se discutiria a possibilidade de reparação por indenização, caso o dano não fosse certo. Deste modo, entende-se que o dano certamente existirá. É claro que a falta do amor, do apoio e do convívio entre a criança e o genitor que abandona, refletirá em uma malefício para a saúde psíquica daquele filho. O problema reside na dificuldade de se comprovar o nexo causal entre o dano e o ato cometido por aquele genitor que, em verdade, trata-se neste caso de uma omissão. Consiste em deixar de cuidar, deixar de conviver, ainda que não haja o descumprimento do dever de pagar alimentos, por exemplo. Trata-se do descumprimento de uma das muitas facetas do dever de cuidado parental, mas que acaba por gerar, inevitavelmente um dano - psíquico - para aquele que sofre com esta omissão.

Com isso, vale reforçar uma vez mais, não se pretende afirmar que o abandono afetivo não gera o dever de indenizar, pelo fato de haver uma dificuldade em comprovar

⁹³ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Rudimentos da responsabilidade civil*. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/49738.pdf> . Acesso em: 08 de maio de 2016.

o nexa causal entre o dano sofrido e a omissão por parte do genitor que abandona. Em primeiro lugar porque a simples dificuldade nesta comprovação não é causa determinante para considerar que o dano não ocorreu. Provavelmente terá ocorrido, mas afirmar que foi a causa determinante do dano causado na esfera cível de alguém, é inegavelmente muito difícil, mas poderá sim se comprovar. Em segundo lugar porque, como já dito, em se tratando de fatos da vida, especialmente da vida familiar, cujos interesses das crianças estão envolvidos, não há como antever as circunstâncias e afirmar de pronto que algo é impossível de acontecer. Afirmar isto é desconhecer sobre a complexidade das relações familiares. O que se pode sim sustentar de antemão é que existem linhas, molduras, princípios e limites que orientam o tratamento de tais relações, mas que não são absolutos e só se perfectibilizam no caso concreto.

Por fim, o que se pretende sustentar é que, em ambos os casos, mas especialmente em se tratando de abandono afetivo, as dificuldades de comprovação do dano e o nexa causal entre o ato e o dano, são muitas, mas ainda assim não é impossível. De todo modo, em qualquer das hipóteses acima referidas, que poderão gerar a reparação de danos - psíquicos - por meio de indenização, há que se ter demasiada cautela e atenção, para que seja algo cuidadosamente apurado.

Conclusão

A partir do estudo realizado, foi possível perceber que os direitos fundamentais da criança e do adolescente foram internacionalmente reconhecidos, criando-se uma rede de proteção integral destinada a esta parcela da população. Assim, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos enquanto sujeitos de direitos fundamentais e, com isso, passam a ser vistos como sujeitos de direitos fundamentais e não mais como mero objeto de proteção nas relações de família. Enquanto sujeitos de direitos, merecem especial proteção por parte da família, da sociedade e do Estado. À família, fonte primária das relações sociais, cabe a obrigação de salvaguarda desses direitos e, para além disso, incumbe o dever de cuidado, realizado a partir do exercício da paternidade responsável. Ocorre que a violação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes poderá ocorrer no próprio seio familiar. Muitas vezes, os próprios pais agem de modo irresponsável, rompendo o elo de cuidado inerente às relações paterno-filiais. Este elo poderá ser rompido pelo abandono afetivo ou pela alienação parental.

O descumprimento do dever fundamental de cuidado, seja pelo abandono afetivo, seja pela alienação parental, poderá ensejar a responsabilização civil tanto pela omissão (primeira hipótese), como pela ação (segunda hipótese), quando verificados os pressupostos necessários para que efetivamente se busque tal responsabilização. Ocorre que, ambos os casos merecem atenção demasiada, já que são constituídos por elementos de extrema subjetividade. Entende-se que a prática de alienação parental constitui verdadeiramente um abuso moral, e o abusador, ou seja, o genitor alienador (ou aquele que detém alguma forma de poder sobre a criança ou adolescente) que impediu o estabelecimento ou manutenção das relações entre a prole e o genitor alienado, poderá responder civilmente por este ato gerador de um dano que é muitas vezes irreversível, havendo casos em que a relação jamais se reestabelece.

Por outro lado, entende-se que o abandono afetivo trata-se de situação a ser avaliada com ainda mais cautela que a alienação parental. E isto por inúmeros motivos. A começar pela necessidade primeira de entender o porquê deste afastamento que caracterizou o abandono. Será um verdadeiro abandono ou será uma alienação parental revestida de abandono afetivo? Terá mesmo o genitor que abandonou agido de tal forma por espontânea vontade, ou terá assim agido pela impossibilidade criada ou forjada por parte do outro genitor? Frente a tais questionamentos a apuração do abandono afetivo parece ainda mais delicada. É por isso que deve-se reforçar a importância da prova pericial nestes casos. A partir da avaliação psicológica da relação familiar, será possível apurar o verdadeiro fato gerador do afastamento. Só assim haverá margem para a responsabilização civil. A família deve ser o *locus* de amor e proteção para as crianças e adolescentes. Aos pais, incumbe o dever de cuidado, proteção e afeto. Compete a eles o dever de exercer a paternidade/maternidade de seus filhos de modo responsável. Não havendo nenhuma causa maior que impeça o exercício desses deveres e reunidos os requisitos para a responsabilização civil, entende-se que esta poderá ser cabível a fim de reparar estes danos psíquicos causados e, tantas vezes, danos irreversíveis, aos que tiveram de alguma maneira seus direitos violados.