

LESÃO À INTEGRIDADE FÍSICO-PSÍQUICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: BREVES REFLEXÕES TEÓRICO-PRÁTICAS

Maria Helena Diniz*

Maria Ligia Coelho Mathias**

José Lourenço***

Resumo: O presente estudo aborda a problemática concernente às possíveis violações à integridade física ou psíquica do menor, anotando a importância da afetividade, do direito de visita, da guarda e dos alimentos em tempo de pandemia, por decorrência da Covid-19. Tece, ainda, análise da responsabilidade civil por lesão ao direito da personalidade do menor, com observações sobre o *bullying*. Não se descurou do superior interesse da criança e do adolescente para o estudo dos temas abordados. Os presos por decorrência do não pagamento de pensão alimentícia puderam cumprir a pena em regime domiciliar durante o período da pandemia. A responsabilidade civil dos pais e dos educandos foi objeto de considerações. Para tanto foi utilizado o método lógico-dialético, tendo por suporte a análise doutrinária e

* Mestre e doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela PUCSP. Livre docente e titular de direito civil da PUCSP. Professora de Direito Civil no curso de graduação da PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCSP.

** Mestre e doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica/SP. Professora titular de Direito Civil da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e coordenadora dos cursos de extensão em Direito Civil. Advogada.

*** Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) em São Paulo. Advogado.

jurisprudencial.

Palavras-Chave: afetividade; dano físico-psíquico do menor; *bullying*; responsabilidade civil.

Abstract: This study addresses the issue concerning possible violations of the minor's physical or mental integrity, noting the importance of affectivity, visiting rights, custody and food during a pandemic, as a result of Covid-19. It also analyzes civil liability for injury to the minor's personality rights, with observations on *bullying*. The best interests of children and adolescents in studying the topics covered were not neglected. Those arrested as a result of non-payment of child support were able to serve their sentence at home during the period of the pandemic. The civil responsibility of parents and students was the object of consideration. For that, the logical-dialectical method was used, supported by doctrinal and jurisprudential analysis.

Keywords: affectivity, psychic physical harm of de minor; *bullying*, civil liability

Sumário. 1. Breve nota introdutória. 2. Importância da afetividade para a integridade físico-psíquica do menor. 3. Princípio do superior interesse da criança e do adolescente como parâmetro da guarda do direito à visita, do direito de visita e do não cumprimento do dever de convivência. 4. Direito à visita e direito de visita em tempos de pandemia: consequências prejudiciais ao menor. 5. *Bullying* familiar e escolar como dano moral suscetível de reparação. 6. Aspectos polêmicos do não cumprimento do dever de pagar alimentos em razão da Covid-19 para preservação da integridade física da criança e do adolescente. 7. Mediação como técnica de solução à ofensa da integridade físico-psíquica do menor. 8. Responsabilidade civil por lesão a direito da personalidade do menor. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

1. BREVE NOTA INTRODUTÓRIA.



criança e o adolescente são pessoas em formação que merecem especial proteção seja do Estado, da sociedade ou dos familiares, assegurando-lhes com primazia o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Gozam eles de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, assegurada sua a proteção integral, com prioridade conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). No âmbito internacional, o importante marco foi a Declaração Universal dos Direitos Da Criança, de 1959. Considerando essas balizas o presente estudo visa abordar algumas questões que florescem, notadamente, no núcleo familiar e foi organizado no sentido de perseguir o valor fundamental e inquestionável que se traduz sempre pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Importante destacar que a citação de julgados teve por objetivo apontar que o judiciário, quando instado a se manifestar, constitui importante instrumento para a efetivação dos direitos da criança e adolescente.

2. IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE PARA A INTEGRIDADE FÍSICO-PSÍQUICA DO MENOR.

Nas relações paterno-materno filiais e na convivência familiar, o afeto é o liame essencial. Pondera Paulo Luiz Netto Lôbo¹ que o princípio da afetividade está consagrado constitucionalmente em quatro fundamentos: “a) todos os filhos são iguais, independentemente da sua origem (CF, art. 227, § 6º), b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado* – Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo-Atlas. Vol. XVI, 2003, p. 42-3: vide arts. 7º, 15 e 19 do ECA; CF, arts. 5º, V, X, XLIX; VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. Afeto na relação familiar. *Direito em debate*. São Paulo-Almedina. Vol. 2, p. 39 a 51.

de igualdade de direitos (CF, arts. 227, §§ 5º e 6º), *c*) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (CF, art. 226, § 4º), *d*) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*). “

Portanto, o afeto é um bem juridicamente tutelado. Deveras, como observa Rolf Madaleno², os filhos são conquistados pelo coração, pois maternidade e paternidade constituem obra de uma relação de afeto construída a cada dia em ambiente que: revela amor e carinho; divide conversas e problemas, conquistas e preocupações; mostre caminhos e forneça informações conducentes ao aprendizado. O exercício do poder familiar deve dar-se de forma permanente e efetiva, revelando afetividade, solidariedade e reciprocidade de sentimentos no convívio familiar, seja a filiação biológica ou socioafetiva, oriunda de inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1597, V), de adoção, inclusive à brasileira ou a de fato, em que marido ou companheiro da mãe, por exemplo, assume prole alheia.

A verdadeira paternidade ou maternidade é a fundada no afeto, seja ela biológica ou socioafetiva. Tal ocorre porque a afetividade é a matéria prima do desenvolvimento mental da criança e do adolescente e a força motivadora do aprendizado e da constituição de sua inteligência³

Eis a razão pela qual o art. 191, 4º do ECA prescreve que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família, seja ela natural ou substituta, e à convivência familiar e comunitária com a mãe ou pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou nas hipóteses de acolhimento institucional pela entidade responsável, independentemente da autorização judicial,

² MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito da Família*, 23:36

³ PIAGET, Jean. The relation of affectivity to intelligence in the mental development of the child, *Bulletin of the menninger clinic*. Vol. 26, nº 3, 1962.

pois aquela condenação criminal não implica a destituição do poder familiar, salvo na hipótese de prática de crime doloso punido com reclusão, contra o próprio filho ou filha (art. 23, § 2º). Pelo art. 19, §§ 5º e 6º, garantir-se-á à criança sua convivência integral com a mãe adolescente, estando em acolhimento institucional, sendo que a mãe adolescente deverá ser assistida por equipe especializada multidisciplinar.

Dever-se-á encarar o menor como sujeito de direito, que necessita de uma proteção integral na convivência familiar, que é um direito fundamental seu para que possam ter um pleno desenvolvimento físico e psíquico.

Merece, ainda, destaque o Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

Sob esse aspecto anotamos a decisão que destituiu o poder familiar e julgou procedente o pedido de adoção formulado pelo casal que detinha a guarda em face dos pais, fundado no superior interesse da criança e no vínculo de afetividade, mesmo com oposição da mãe biológica, encarcerada, mas com concordância do pai. Verificou-se que a criança esteve não só exposta a situações conflitivas dos pais, mas também foi vítima de negligência e abandono. Os detentores da guarda acolhiam a criança como filha e estava ela inserida no núcleo familiar, tendo sido, pois, o pedido acolhido dada a comprovação de que o tempo de convivência criou laços de afinidade e afetividade.

O aresto tem a ementa que segue:

Destituição do poder familiar e adoção. Decisão que julgou procedente o pedido deduzido pelos guardiões da menor. Inconformismo da genitora. Circunstância fática que se amolda à hipótese prevista nos artigos 1.638, ii, do código civil e 24 do

eca. Prevalência do superior interesse da menor a impor a manutenção da sentença. Recurso improvido. 1. Pedido de destituição do poder familiar dos genitores e adoção de menor. Concordância do requerido e oposição da requerida, reclusa em estabelecimento prisional, à pretensão deduzida pelos adotantes. Sentença de procedência. 2. Conjunto probatório que demonstra a inaptidão dos genitores de proverem as necessidades da filha. O aparente desinteresse do requerido e a trajetória desidiada da requerida culminaram na delegação dos cuidados da filha a familiares e a terceiros, os quais, por sua vez, relegaram aos requerentes o encargo pela criação da menor. 3. Decretação da perda do poder familiar nas hipóteses do artigo 1.638, inciso II, do Código Civil e artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se impõe. 4. Em decorrência, deve a adoção ser deferida aos autores, como medida de preservação dos superiores interesses da criança, assegurando-se a melhor possibilidade de garantias abrangidas pelo artigo 227 da Constituição Federal e do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Contexto fático (guarda concedida aos adotantes desde 2016) respaldado pelo artigo 50, § 13, III, da Lei 8.069/90, que permite a formalização do novo vínculo de filiação independentemente de submissão dos postulantes aos procedimentos exigidos aos inscritos em cadastro de habilitados à adoção, quando “oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade”. 6. Recurso não provido. (APELAÇÃO nº 1001761-78.2019.8.26.0553, Câmara Especial do TJSP, Rel. Luis Soares de Mello, j. 24.08.21)

Oportuno consignar, ainda, que os vínculos de afetividade e afinidade decorrem da convivência. São laços que se formam com o tempo e se apresentam fundamentais para o desenvolvimento e bem-estar do menor, razão pela qual a presença materna e paterna na vida da criança ou do adolescente são essenciais para seu desenvolvimento, da melhor forma possível e no seio de uma família.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 4ª Câmara de Direto Privado, considerando o melhor interesse da criança, assim decidiu:

Ação de modificação de regime de visitas. Decisão que concedeu em parte a tutela de urgência, para que o genitor, ora agravado, retire a filha menor da residência da genitora quinzenalmente, aos domingos, às 13 horas, devolvendo-a no mesmo dia, às 18 horas. Manutenção. Observância do melhor interesse da criança. Ausência de óbice que impeça o exercício do direito de visitas, na forma como estabelecida. Necessidade de estímulo para a criação de laços de afinidade e afetividade entre genitor e filha. Agravo desprovido. Agravo de Instrumento nº 2.040.153-12.2021.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, j. 10.08.21)

O direito do menor de crescer numa família decorre da natureza humana e possibilita o desenvolvimento de sua personalidade⁴. O liame materno-paterno-filial, hodiernamente se determina pela genética e pela socioafetividade. O direito da filiação não é apenas a verdade biológica, pois nele incluídos estão o interesse do menor, a afeição e o pleno desenvolvimento da personalidade. Diante disso, no conflito entre filiação biológica e a socioafetiva tem-se dado valor a esta última, acatada pelos arts. 1593 e 1597 do Código Civil. A verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva, pois o que importa é a vontade procriacional conscientemente assumida. A filiação socioafetiva, gerando convivência familiar duradoura, deve ser respeitada, por isso a filiação biológica não pode prevalecer, salvo casos excepcionais, como, por exemplo: troca de criança; ocorrência de erro, dolo ou coação na inseminação artificial homóloga ou heteróloga ou na fertilização *in vitro*; sequestro; falta de anuência do marido da participante de reprodução medicamente assistida; etc.

Dever-se-á dar prevalência ao afeto das pessoas e à convivência familiar, para evitar dano à integridade psíquica do menor, como tem feito a jurisprudência, em decisões, que passamos

⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional das crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri. Manole. 2003.

a transcrever:

Ação declaratória. Maternidade socioafetiva. Prevalência sobre a biológica. Reconhecimento. Recurso não provido.

1. O art. 1.593 do Código Civil de 2002 dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim, há reconhecimento legal de outras espécies de parentesco civil, além da adoção, tais como a paternidade socioafetiva.

2. A parentalidade socioafetiva envolve os aspectos sentimental criado entre parentes não biológicos, pelo ato de convivência, de vontade e de amor e prepondera em relação à biológica.

3. Comprovado o vínculo afetivo durante mais de trinta anos entre a tia já falecida e os sobrinhos órfãos, a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida.

4. Apelação conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial. (Apelação Cível 1.0024.07.803827-0/001, TJMG, Rel. Caetano Levi Lopes, j. 04.05.10)

Posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

Recurso Extraordinário – Repercussão geral reconhecida – Direito Civil e Constitucional – Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica – Paradigma do casamento – Superação pela Constituição de 1988 – Eixo central do direito de família: deslocamento para o plano constitucional – Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) – Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias – Direito à busca da felicidade – Princípio constitucional implícito – Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político – Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos – Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares – União Estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB) – Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB) – Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva – Necessidade de tutela jurídica ampla – Multiplicidade de vínculos parentais – Reconhecimento concomitante – Possibilidade – Pluriparentalidade – Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB) – Recurso a que se nega provimento – Fixação de tese para aplicação a casos semelhante Rec. Extraordinário n. 898.060, Rel. : Min. Luiz Fux, j. 22/09/2016.

Com muita frequência, modernamente, a falta de afeto

pode decorrer do *phubbing* que consiste em ficar com a atenção direcionada para o telefone celular, desconsiderando ou deixando em segundo plano o que circunda a pessoa comprometendo sua interação social. O filho que tem pai ou mãe que não “desgrudam” do celular está sendo *pubbed*.

A afetividade revela uma história de amor e carinho, por isso a busca da verdade biológica não poderá ser absoluta; é preciso, em certos casos, valorizar a paternidade ou maternidade socioafetiva. Poder-se-ia dizer como Rui Rosado de Aguiar (voto – vista proferido no STJ – Resp. 146.548-GO, J. 5.3.2001), que a “preocupação com a insegurança para as relações de parentesco deve ceder diante do dano que decorre da permanência de registro mecanicamente formal, atestando uma verdade que sabidamente não corresponde ao mundo dos fatos”. A verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é o laço que une pais e filhos, fundado no afeto e na convivência familiar. Enfim, ser pai ou ser mãe requer um ato de amor, e o amor não conhece fronteiras.⁵

Os membros de uma família são, também, identificados pelo patronímico que é comum aos descendentes de uma pessoa. Quando os vínculos de afetividade estão presentes na família socioafetiva, natural que o menor queira uniformizar seu nome com o de seus familiares, notadamente irmãos socioafetivos que carregam o patronímico do padrasto, ainda que se mantenha o vínculo registral do pai biológico e incluindo o padrasto no registro civil como genitor socioafetivo.

É a situação descrita no seguinte julgado:

Ação de retificação de registro civil. Sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I e VI, do CPC. Inconformismo da autora. Pretensão da apelante

⁵ WETTER, Belmiro P. Investigação de paternidade socioafetiva, *JSTF*, 21: 63-5; CAMARA, Edilson de A. Investigação de paternidade, *Consulex*, 26: 50-1; FACHIN, Luis E. Estabelecimento da filiação e paternidade. Porto Alegre, Fabris, 1992. BARBOSA. Antonio E. I. Ao encontro do pai, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 16:56-66. DINIZ, M.H. Curso de direito civil brasileiro, S. Paulo, Saraiva, vol.5, 2005 p.479-79.

de excluir de seu nome, o patronímico do pai biológico e incluir o do genitor socioafetivo. Causa madura para julgamento pelo Tribunal. Interesse de agir evidente. Apelante que pretende uniformizar seu nome com o nome das duas irmãs mais novas, filhas de sua mãe e padrasto e com quem sempre conviveu. Forte vínculo afetivo que se sobrepõe à verdade biológica. Hipótese em que ambos os réus manifestaram concordância expressa com o pedido inicial. Posse do estado de filha que legitima a filiação estabelecida por laços de afetividade. Homenagem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ausência de prejuízo, já que será alterado apenas o sobrenome da menor, mantidos no registro o nome de ambos os pais. Recurso a que se dá provimento. (Ap. CÍVEL Nº 1000341-04.2019.8.26.0435, 7ª C. de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. José Rubens Queiros Gomes, j. 30.7.21)

3. PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO PARÂMETRO DA GUARDA DO DIREITO À VISITA, DO DIREITO DE VISITA E DO NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA.

Com base nos fundamentos da Declaração do Homem, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU, surge em 1959 a Declaração Universal dos Direitos da Criança, cujo princípio norteador é o “superior interesse da criança e em 1989 a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, foi acatada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrando a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância e, conseqüentemente, o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente. A criança e adolescente têm direitos próprios e interesses que podem prevalecer sobre as de seus pais, em virtude do princípio do superior interesse da criança.

Esse princípio ante a lacuna normativa solucionaria conflitos entre filiação biológica e socioafetiva (LINDB, arts. 4º e 5º) e deverá ser a diretriz decisória na resolução de problemas voltados as relações entre pais e filhos, por ser norma cogente,

em razão da ratificação de Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU pelo Decreto n. 99710/1990.

Princípio norteador de controle do exercício do poder familiar, da fixação do direito de guarda e de visita, em caso de separação e divórcio, da solução dos problemas engendrados pela alienação parental e da determinação da indenização por dano moral por descumprimento do dever de convivência familiar ou de zelar pelo menor, por conter elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à boa formação educacional, à realização pessoal, à integridade moral, física e psíquica da prole.

A separação judicial e o divórcio deixam intacto o vínculo de filiação, mas afeta os filhos, uma vez que pode provocar uma disputa entre os pais a respeito da guarda dos filhos menores e dos maiores incapazes.

Ficam os filhos com o ex-cônjuge que apresentar aptidão para exercer a guarda monoparental, se impossível for a guarda compartilhada ou se um deles declarar que não deseja tal guarda (CC, art. 1584, § 2º). Se o magistrado verificar que os filhos não podem ficar nem com o pai, nem com a mãe, por ser prejudicial, por exemplo: à sua moral, deferirá a sua guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos ex-consortes que revele compatibilidade com a natureza da medida, pois deverá levar em conta o grau de parentesco, a relação de afinidade e afetividade (CC, art. 1584, § 5º). A esse respeito o Conselho da Justiça Federal, nas Jornadas de Direito Civil entendeu nos enunciados 334 e 336, respectivamente que “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse” e que “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.”

Quanto à questão da guarda dos filhos menores há como se pode ver, o apelo à equidade, pois o juiz, não mais havendo

consideração da culpabilidade pela dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, nem prevalência da guarda pela mãe em razão do exercício de profissão pelo pai fora do lar, ao aplicar os arts. 1584 e 1585 do Código Civil, deverá averiguar, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, valendo-se se for necessário, de orientação técnica de equipe interdisciplinar, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda conjunta, dividindo de forma equilibrada o tempo com o pai ou com a mãe (CC, art. 1584, § 3º), certas circunstâncias: idade dos filhos; conduta dos pais; possibilidade de ocorrência da síndrome de alienação parental; melhor aptidão para guarda, etc. Isto porque pelo art. 1584, § 2º, será preciso verificar, se impossível for a guarda compartilhada, ao se deferir a guarda unilateral qual genitor teria mais aptidão para propiciar aos filhos: afeto na relação paterno-materno-filial e na relação com o grupo familiar; saúde, segurança, educação, etc. Tudo isso oferece inúmeras possibilidades à aplicação jurídica, exigindo uma relação entre elas, levando-se em conta o superior interesse da criança e do adolescente. Esse é o entendimento firmado no Enunciado102 do CJF de “A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”, aprovado na I Jornada do Direito Civil, que seria o principal critério de controle do exercício do poder familiar, sem inibir o direito dos pais, permitindo sua criação e educação por ambos, desde que nenhum deles venha a abusar de suas prerrogativas.

Ademais, uma situação em que há castigo físico como tapas, empurrões, afeta a integridade da criança e do adolescente e pode causar, inclusive, danos psicológicos, porque os pais são para eles uma referência afetiva muito importante. Do núcleo familiar espera-se, segurança, acolhimento e proteção para que o desenvolvimento dos menores seja sadio.

Ressalta-se que os problemas vividos no seio familiar, não raras vezes, nele se mantem. Desta forma, quando o julgador

está diante de um caso em que se alega unilateralmente comportamento agressivo do outro genitor há que ponderar e sopesar as alegações apresentadas como dá conta o julgado, que diante das versões antagônicas determinou visitas supervisionadas, cuja ementa transcreve-se:

Família. Revisional de regulamentação de visitas. Inconformismo do genitor contra decisão que initio littis e inaudita altera pars suspendeu o regime de visitas paterno-filial. Caso concreto que exige cautela diante do contexto fático apresentado e dos relatos antagônicos narrados pelos jurisdicionados. Assim, conquanto esta Relatoria concorde com a manutenção, nesta sede de cognição sumária, da suspensão das visitas quinzenais com a possibilidade de pernoite, dado a gravidade do relato trazido pela genitora, reputo desproporcional e até mesmo, em certa parte altamente prejudicial ao salutar desenvolvimento do menor Paulo, que as visitas paternas permaneçam obstadas integralmente até segunda ordem, como entendeu o MM. Juízo singular e ratificou o D. Procurador de Justiça oficiante. Há que se chegar a um meio termo sem que com isso se coloque em risco o menor. Necessária realização de estudos psicossociais, em especial para averiguar suposto comportamento agressivo do genitor e possível oferecimento de risco à integridade física e psicológica do menor. Correta a suspensão do convívio entre pai e filho com direito a pernoite. Permitido, contudo, que as visitas ocorram de maneira assistida em domingos alternados das 13h às 18h, na residência dos avós paternos e sob a supervisão de alguém de confiança da genitora, até que sobrevenha o estudo psicossocial ou venha aos autos demais elementos probatórios contundentes acerca da dinâmica familiar posta em debate. Recurso provido em parte para este fim. (Agravado de Instrumento nº 2119038-40.2021.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 30.08.21).

Constatado por fotografia os maus tratos e agressões, indicam veemente risco à integridade física e psicológica do menor, devendo, pois, ser deferida a tutela provisória de urgência para atribuição da guarda unilateral como medida de rigor. Assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação de guarda cc exoneração de alimentos. Decisão impugnada concedeu guarda provisória unilateral ao genitor.

Observância do princípio do melhor interesse da criança. Elementos nos autos recomendam a manutenção da guarda ao genitor, até que sejam devidamente apuradas todas as circunstâncias noticiadas nos autos. A acusação é grave e demanda cautela, visando a preservação da integridade física e psicológica da menor. Necessidade de dilação probatória e realização de estudos psicossociais. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravo de instrumento 2170680-52.2021.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 08.09.21).

Urge lembrar que pelo princípio de mutabilidade da sentença judicial, no que atina à guarda dos filhos, possível será sua revisão em prol do interesse da prole, visto que não faz coisa julgada material, mas formal (RT, 782:358, 772:300, 610:224, 606:108, 604:33) e assim o juiz deferirá sua guarda a pessoa idônea, para proteger seus direitos da personalidade consagrados constitucionalmente (CC, art. 1584) garantido sua sobrevivência física e desenvolvimento psíquico.

Nesse sentido a guarda pode ser concedida ao tio, caso constatado risco à integridade física e psíquica da criança por maltrato no âmbito familiar pelos dos pais, como evidenciado na decisão acerca da qual segue a ementa:

Tutela provisória - Ação de fixação de guarda e alimentos - Decisão que concedeu aos autores, tios do menor, a sua guarda provisória e fixou alimentos provisórios a serem pagos pelos réus, seus genitores, em 1/3 do salário mínimo - Tutela de urgência concedida por recomendação do Ministério Público - Alegações de que o menor estaria sofrendo maus tratos pelo genitor e passou a residir com os tios que buscam a regularização de sua guarda - Decisão mantida em caráter provisório - Ausência de evidências de risco à integridade física e psíquica do infante com a permanência deste sob a guarda dos agravados até a vinda de novos elementos aos autos - Alimentos provisórios fixados em patamar razoável - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2076353-18.2021.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. 02.09.21)

Ao guardião, sendo a *guarda singular*, se defere o poder familiar em toda sua extensão, cabendo-lhe decidir sobre

educação e formação religiosa do menor, competindo ao outro genitor apenas o direito de visita e o de fiscalizar a criação do filho, não tendo qualquer poder decisório. O genitor guardião apenas responderá judicialmente se for omissivo quando a criação e educação da prole, não cumprindo os mínimos encargos legais decorrentes da guarda e do exercício do poder familiar.

Nada obsta a que se decida pela *guarda alternada*, ficando o filho ora sob a custódia de um dos pais, com ele, residindo, ora sob a do outro, passando a conviver com ele. Como há deslocamento periódico do menor, poderá ocorrer interferência em seus hábitos educacionais, gerando instabilidade emocional e interrupção de convívio social e familiar, logo não é muito recomendável.

Com efeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixou consignado que:

GUARDA E VISITAS. ALTERAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. CONVIVÊNCIA ALTERNADA. A estipulação da guarda alternada entre os genitores mostra-se inconveniente, notadamente no caso em que a criança conta apenas 3 anos de idade, podendo-lhe acarretar instabilidade emocional, pois submetida a cada semana a local diverso de residência. Assim, adequada a guarda compartilhada, com fixação da residência da criança na companhia materna e definição da convivência paterna. Por maioria, vencido o relator, deram parcial provimento. (Apelação Cível, Nº 70074081456, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Redator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 14-09-2017)

Para manter a convivência familiar o ideal seria a *guarda compartilhada*⁶ (por ser uma forma de custódia em que, como ensina Maria Antonieta Pisano Motta, os filhos têm uma

⁶ NEVES BATISTA, Silvio. *Guarda e direito de visita. A família na travessia do milênio*. IBDFAM, Del Rey, 2000, p. 283-300; STRENGER, Guilherme G. *Guarda dos filhos*. LTR, São Paulo, 1998, p. 51; GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada. Repertório da Doutrina sobre direito de família*. Vol. 4, p. 414 e s; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5, Saraiva, São Paulo, 2020, p. 339, 353-55; PISANO MOTTA, Maria Antonieta. *Guarda compartilhada, uma solução possível*. *Revista Literária de Direito* n. 9

residência principal, para garantir sua estabilidade emocional e seu bom desenvolvimento físico-psíquico e educacional, não comprometendo sua necessidade de experiências contínuas, no cotidiano, evitando desorganização na rotina pessoal e escolar, embora não se exclua a possibilidade de que possam ficar, algumas vezes, também na casa do outro genitor. Mas, os pais têm responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre eles. Ambos os genitores têm a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física do menor no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-lo periodicamente, mas a responsabilidade legal sobre os filhos e pela educação seria bilateral, ou seja, do pai e da mãe, pois ambos exercem o poder familiar.

Ter-se-á, nesta hipótese, como diz Eduardo Oliveira Leite, o casal parental, apesar do desaparecimento do casal conjugal⁷

Pode ocorrer que não haja entendimento entre ex-cônjuges e algum dano ocorre ao menor.

Destaca-se o balizamento adotado pela jurisprudência, como dá conta o seguinte julgado:

FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, VISITAS E ALIMENTOS. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AO GENITOR. PRETENSÃO DE REVERSÃO À GENITORA OU DEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO, MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA. A guarda deve resguardar, em primeiro lugar, o melhor interesse da menor. Havendo elementos favoráveis à guarda do genitor, correta a decisão que assim determinou. Tal medida propicia a manutenção da criança junto com o genitor, ausentes elementos a evidenciar, em sede de agravo de instrumento tenha a genitora, efetivamente, condições de exercer a guarda neste momento. Desta forma, descabe a pretensão de reversão da guarda à genitora, uma vez que os elementos dos autos estão a indicar neste momento processual que tal medida não seria a melhor opção à criança, mormente diante das

⁷ OLIVEIRA LEITE, Eduardo. *Temas de direito de família*. RT, São Paulo, 1994, p. 133.

avaliações que reforçam os apontes do Conselho Tutelar neste sentido. Aplicação do princípio da proteção integral. Elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo não verificados no atual momento processual. Em face disto, resta prejudicado o pedido alternativo de guarda compartilhada, mormente pela ausência de consenso entre as partes, neste momento. Arts. 300 e 303 do CPC. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento, Nº 70084856855, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 18-12-2020)

O juiz ao deferir a nova guarda por não ter dado certo a conjunta, deverá ter como único parâmetro: o superior interesse do menor.

Para que haja uma certa convivência familiar dever-se-á assegurar ao genitor (CC, art. 1589), que não tem a guarda nem a companhia da prole, o direito, desde que não se tenha enquadrado numa das hipóteses de perda do poder família, de visitá-la for por pior que tenha sido seu procedimento em relação ao ex-cônjuge.

Esse *direito de visita* deverá atender ao superior interesse dos filhos, tendo em vista a comodidade e possibilidade dos interessados, os dias, inclusive os festivos e os de férias escolares, o local e a duração de visita, sem que haja prejuízo às atividades escolares. Todavia, esse direito poderá ser restringido, suspenso ou suprimido a qualquer tempo se a presença do genitor constituir perigo para a prole, exercendo pelo comportamento inadequado, por exemplo, nociva influência em seu espírito, provocando-lhe desequilíbrio emocional ou também se o visitante apresentar conduta lesiva à sua integridade física e se vier a descumprir suas obrigações, não devolvendo, por exemplo, o filho no dia e na hora avençada.

Acerca da determinação de suspensão de visitas, tem-se a posição adotada no seguinte julgado, do qual se destaca a ementa:

Direito de família. Busca o agravante reformar a decisão proferida nos autos da ação de guarda c/c suspensão de visitação

em face dele ajuizada pela ora agravada, na qual foi deferida, em sede de tutela de urgência, a guarda dos menores à genitora, suspendendo a visitação do réu, ora agravante, aos filhos, pelo prazo de 180 dias, enquanto não for apurada, em estudo social e psicológico, a ausência de perigo no convívio do pai com os meninos. O conflito em questão deve ser analisado sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sobretudo quanto à proteção integral, condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento e à absoluta prioridade à criança e ao adolescente (artigos 4 e 6 da referida lei). Vê-se que a inicial do feito originário sinaliza uma enorme belicosidade afeta ao casal, inclusive com relatos de agressões presenciadas pelos menores, sendo aplicado ao ora agravante medida protetiva nos autos do processo n.º 0000732-54.2021.8.19.0029 e que o endereço da agravada e dos menores se encontram sob sigilo, necessário à manutenção da guarda da forma que foi fixada em primeiro grau a fim de preservar os interesses dos menores, sendo evidente que o impasse existente entre os pais acaba refletindo no sadio desenvolvimento dos menores e, de igual forma deve ser mantida a suspensão de visitas do pai aos filhos. Isto porque, a despeito de inexistirem elementos totalmente seguros acerca dos fatos retratados no feito originário, há indícios de práticas de agressões presenciadas pelos menores. Aplicação da Súmula 59 desta Corte. Recurso conhecido e negado provimento. (Agravado de Instrumento n.0040909-50.2021.8.19.0000, 23ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Murilo André Keiling Cardona Pereira, j. 03.08.21)

O juiz pode decidir novamente, porque a sentença que fixa as visitas, não faz coisa julgada material, mas, tão somente, a formal.

Refletindo melhor sobre essa questão, parece-nos que, na verdade, o que se tem, diante dos dispositivos constitucionais e do ECA sob o prisma do menor, é um *direito à visita*, que é um direito da personalidade, alusivo a incolumidade psíquico-física, pois a falta da visita aos que lhe são caros poderá conduzir a criança e o adolescente a um estado depressivo, danoso a saúde física ou psíquica, provocando moléstia, desvios comportamentais, e, por isso, pode gerar indenizações por dano moral. A visitação de entes queridos (genitor, irmãos, avós, tios, primos e

amigos) tem grande importância para o desenvolvimento emocional do menor.

O direito de visita é mero direito subjetivo, gerador de direito pessoal, não se tratando de direito personalíssimo. Parentes consanguíneos ou por afinidade e amigos, terão direito de visita, sendo dele privados por motivos injustificados ou graves que possam causar dano ao visitado, poderão pleitear em juízo a efetividade desse direito.

Se houver conflito entre o direito à visita e o direito de visita, o magistrado deverá atender ao superior interesse da criança e estabelecer alternativas para o exercício do direito do visitante, que não pode interferir na formação que o guardião vem dando a prole. Só pode haver suspensão ou perda do direito de visita por ato atentatório à moral ou aos bons costumes, por prejuízo a integridade física ou psíquica do menor ou até mesmo do genitor – guardião por abuso de direito, etc.

Em casos graves, o juiz poderá reduzir a visita a algumas horas no próprio lar do menor ou durante o horário de funcionamento do visitório público sob a fiscalização de agentes do judiciário (psicólogo, assistente social, etc.)⁸

O não cumprimento do direito à visita demonstra *abandono afetivo* que dá azo à indenização por dano moral (BAASP, 2915.9), com fulcro no princípio da dignidade humana e do superior interesse do menor

Sobre esse tema, segue entendimento exarado no seguinte julgado:

Dano moral. Abandono afetivo. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Caracterização de abandono afetivo.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5, p. 359; LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar do direito civil*. Vol. 5, RT, São Paulo, 2002, p. 13-31; GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. O direito de visitação do pai não-biológico. *RTDC*, n.3; ALMADA, Ney de Mello. *Manual de direito de família*. Hemeron, São Paulo, 1978, p. 377-403; VINEY, Geneviève., Du Droit de Visite, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 63:252, 1965; BENETTI, Sidnei A. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais, *RT* 622:37.

Elementos de informação constantes dos autos demonstram que o réu deixou, voluntariamente, de conviver com o filho menor, causando-lhe prejuízos de ordem extrapatrimonial. Réu revel, que mora próximo à residência do filho, mas não o visita e nem paga alimentos regulares. Desnecessidade da produção de prova pericial para constatar o mal que tal comportamento causa à criança de 7 anos, reatado por testemunha e pela própria genitora. Devida a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, a fim de reparar o sofrimento comprovadamente causado ao demandante. Ação procedente. Recurso provido. (Apelação n o 1017222-63.2019.8.26.0562, 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Francisco Loreiro, j. 10.09.21).

Como precedente relevante tem-se o voto da lavra da Ministra Nancy Andriahi cuja ementa segue transcrita:

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, exurgindo, 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 excluídos 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 (RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 – SP Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 24.04.12)

O genitor, destituído da guarda, tem, em relação ao *direito à visita* do menor, o *poder-dever* de cumpri-lo, por estar diante de um direito da personalidade e por decorrência da obrigação de assistência imaterial e do *direito de visita*, ou seja, o de ir visitar seu filho, que não lhe pode ser negado injustamente.

Se tal poder-dever não for cumprido ter-se-á um desequilíbrio emocional da prole, perda do poder familiar (CC, art. 1638; ECA, art. 98, II) por abandono imaterial e responsabilidade civil por lesão à integridade físico-psíquica, à dignidade e à honra do menor.

O aplicador do direito deverá sempre dar prioridade à tutela dos interesses da criança e do adolescente, garantindo seus direitos para que tenham condições de atingirem o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

4. DIREITO À VISITA E DIREITO DE VISITA EM TEMPOS DE PANDEMIA: CONSEQUÊNCIAS PREJUDICIAIS AO MENOR.

Vivenciamos momento difícil para a humanidade, com o surgimento de mais uma pandemia, decorrente do Corona Vírus (Covid-19), cuja origem se deu, provavelmente, na China, tendo sido constatado o primeiro caso, em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan. Com o trânsito de pessoas intenso ao redor do mundo o Brasil pouco tempo depois, em fevereiro de 2020, na cidade de São Paulo, já se registrava o primeiro caso em território nacional. A disseminação rápida pelo contágio e a situação epidemiológica trouxeram muitas incertezas que alcançaram, inclusive,

o direito de família, notadamente o direito de guarda, visita do menor e pagamento de pensão alimentícia, durante o período de isolamento social. Natural que no início da pandemia o impacto causado pela Covid-19 tenha sido maior uma vez que o desconhecimento acerca do contágio e da gravidade das patologias causadas pelo vírus desafiava sobremaneira a comunidade científica, notadamente os médicos, com reflexos no sistema econômico, social e familiar.

Induvidoso que, em face da necessidade do combate à pandemia houve determinação, por órgãos governamentais, de restrição da circulação de pessoas, bem assim orientação para limitação do contato físico, situação essa de que se aproveitaram alguns genitores para não permitir ou dificultar a visita ou contato físico do outro genitor com a criança ou adolescente. Por outro lado, genitores que não desejavam esse contato, também, valeram-se da mesma justificativa para evitarem proximidade física com os filhos menores.

Como em qualquer questão que se analise o equilíbrio deve prevalecer. Os extremos, não costumam gerar bons resultados. No início da pandemia, como dela pouco se sabia, por cautela, houve decisões que permitiriam o direito de visita após cessada a calamidade imposta pelo Coronavírus. Nos dias atuais, embora muito se tenha discutido, é sabido que o contato virtual não substitui o presencial, devendo considerar, assim, nesse particular que, para o melhor interesse da criança, recomenda-se a proximidade, com adoção das medidas sanitárias e das cautelas necessárias.

O tribunal de Justiça de São Paulo já debruçou sobre a questão como dá conta o aresto:

Ação de guarda, regulamentação de visitas e alimentos - Decisão que concedeu direito de visitas do pai a ser realizada apenas de forma virtual, por meio de chamadas de vídeo três vezes por semana durante meia hora - Irresignação Acolhimento - Pandemia de Covid-19 que não justifica que as visitas ocorram de forma não presencial, desde que observadas as cautelas necessárias - Ausência de indícios de risco concreto à saúde do

menor - Decisão reformada para fixar o regime de visitas na forma presencial - Recurso provido. (Agravo de instrumento nº 2120493-40.2021, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 20.09.21).

5. BULLYING FAMILIAR E ESCOLAR COMO DANO MORAL SUSCETÍVEL DE REPARAÇÃO.

A dissolução do casamento afeta como dissemos alhures, os filhos do casal, uma vez que poderá provocar uma disputa entre os pais a respeito da guarda dos filhos menores, considerando-se que será imprescindível assegurar à criança e ao adolescente e ao genitor o direito de visitação, salvo nos casos em que houver prejuízo à integridade física ou psíquica da prole, a Lei n. 12.318/2010 veio a punir a *alienação parental*, ou seja, qualquer interferência na formação psicológica do menor, promovida sem qualquer justificativa plausível, por um dos pais, pelos avós ou por aqueles que o tenham sob sua vigilância, para que repudie um dos genitores (art. 2º), ferindo o direito fundamental à convivência familiar saudável e prejudicando a afetividade nas relações com o grupo familiar (art. 3º). O aplicador do direito não pode admitir qualquer conduta que reduza o menor à condição de coisa como a da *alienação parental*, consistente na implantação de falsas ideias, que, segundo François Podevyn, seria o ato de programar um menor para que venha a odiar, injustificadamente, um dos pais, praticado pelo outro ou por parente próximo, ou ainda por pessoa que a tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

A criança passa a apresentar *síndrome de alienação parental* (síndrome de *bullying* familiar), pois, sob o efeito da lavagem cerebral conducente à hostilidade relativamente ao genitor não guardião e seus familiares, torna-se cúmplice do alienador (colaborando na desmoralização do alienado ao praticar atos difamatórios contra ele, visando a aprovação do alienador com

medo de sofrer algum castigo) e pode apresentar transtornos psicológicos muito sérios como: indiferença a tudo, isolamento; depressão crônica, baixo rendimento escolar, agressividade, crises de asma; tentativa de suicídio; irregularidades hormonais, etc.

Ante a gravidade dos atos da alienação parental, a Lei n. 12.318/2010, aceita, no art. 4º, simples *indícios* dela (por exemplo, indução do menor a optar entre mãe e pai; comentário malévolo sobre presentes dados pelo outro; crítica sobre capacidade profissional do ex-cônjuge), para que o juiz determine, a requerimento do alienado no Ministério Público ou de ofício, provisoriamente as medidas processuais de urgência (CPC, arts. 294 e 305) cabíveis para preservar a integridade psíquica do menor e tornar possível a sua reaproximação com o genitor – visitante. Havendo alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial feita por pessoa de sua confiança, ou mais de uma, se houver complexidade (CPC, art. 475; Lei n. 12.318/2010, art. 5º) e poderá cumulativamente ou não, sem prejuízo de responsabilidade civil ou criminal (ECA, arts. 3º, 5º, 232 e 236; CP, art. 5º) e da utilização de meios processuais para inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; determinar acompanhamento psicológico, realizado por equipe multidisciplinar, etc. Em se tratando de alienação parental, o juiz, para tomar depoimento do menor, deverá estar acompanhado por um especialista, ante a sua fragilidade, por estar sofrendo abuso de ordem psíquica (CPC, art. 699); alterar a guarda; determinar a fixação cautelar do domicílio do menor; suspender a autoridade parental (art. 6º, I a VII), ou até mesmo decretar sua perda, se configurado o abuso moral (CC, art. 1638, parágrafo único, I e II c/c Lei n. 12.318/2010, art. 3º)⁹

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil...*cit V, 5 p. 166 a 168; SEGUNDO, Luiz Carlos. Síndrome da alienação parental: o *bullying* nas relações familiares. *Revista Síntese Direito de família*, 62:99 a 100; PODEVYN, *Síndrome da alienação parental* <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>; AGUIAR, Mônica. A

Cumpra, nesse ponto, observar os enunciados de n. 27 e 28 do IBDFAM, que abordam o tema. O Enunciado 27 dispõe que: “No caso de comunicação de atos de alienação parental nas ações de família, o seu reconhecimento poderá ocorrer na própria demanda, sendo desnecessária medida judicial específica para tanto”. Já o Enunciado 28 prevê: “Havendo indício de prática de ato de alienação parental, devem as partes ser encaminhadas ao acompanhamento diagnóstico, na forma da Lei, visando ao melhor interesse da criança. O magistrado depende de avaliação técnica para avaliar a ocorrência ou não de alienação parental, não lhe sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, na forma do § 2º do art. 5º da Lei nº 12.318/2010, salvo para decretar providências liminares urgentes.”

Como se vê a lei n. 12.318/2010 tem por escopo garantir a proteção à criança e ao adolescente, a exaltação de convivência familiar e da ideia de paternidade e maternidade responsáveis.

É preciso lembrar ainda, que o *bullying* escolar traz dano a integridade físico- psíquica do menor, por ser um conjunto de atos antissociais cruéis ou agressivos (físicos ou psíquicos), intencionais e repetitivas, praticado sem motivação por um “*bully*” (estudante ou professor) numa instituição de ensino, expondo a vítima a situação constrangedora ou angustiante (Lei n. 12.318/2010, art. 1º, § 1º e art. 2º, I a VIII e § único). Há, ainda, intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*) quando se usar os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar violência, adulterar fatos e dados pessoais com o intuito de criar constrangimento psicossocial.

O alvo do “*bully*” é aquela pessoa que não se enquadra no padrão esperado pelo grupo por ser por exemplo, tímida, gorda, frágil fisicamente, novata de escola, inábil

síndrome da alienação parental e o mito de Deméter. *Estado de Direito*, 41:29; CRISPINO, Nicolau e MENEZES, José Carlos. Responsabilidade civil do genitor na alienação parental. *Revista Brasileira de Direito Comparado* 47:185-208.

desportivamente etc.

A prática do *bullying* causa dano físico ou psíquico às vítimas, que terão direito a uma reparação, por força do art. 5º, X da CF. E além disso, a Carta Magna no art. 227 assim prescreve: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. No mesmo sentido, os arts. 15 a 18 do ECA. Consequentemente é dever de todos assegurar ao menor o direito ao respeito, à dignidade humana e aos direitos da personalidade, colocando-o a salvo de qualquer circunstância degradante como o “*bullying*” ou “*cyberbullying*”. A violação dos direitos da criança e do adolescente por intimidação vexatória gera responsabilidade civil por dano moral e também por perda da chance, que abarca o dano existencial ou dano a um projeto de vida, que provoca modificação nas atividades cotidianas exercidas pelo lesado e uma deterioração em sua qualidade de vida, por perder o convívio com o grupo escolar ou por sofrer privação em sua liberdade de fazer o que aprouver ou de concretizar suas metas.

Se o ofensor for o professor, este deverá reparar o dano e a instituição de ensino responderá objetivamente pelo fato por força dos arts. 932, III e 933 do Código Civil. Se o agressor for incapaz (aluno) não poderá figurar no polo passivo da demanda, logo seu representante legal será o responsável indireto pela reparação do dano (CC, art. 932, I, 1630, 1634, I, II e VIII) e o estabelecimento de ensino particular (CC, art. 932, IV; CDC, art. 3º, §§ 2º e 6º, VI e 8º) por descurar-se do dever de segurança e por não ter tomado providência para sanar o problema, visto que a vítima como consumidora tem o direito à efetiva reparação do dano.

Considerando os componentes do núcleo familiar é importante destacar, as possíveis divergências existentes entre irmãos desde a tenra idade: um empurrão aqui uma palavra ofensiva ali. Admite-se como normal pequenas rivalidades, até porque são saudáveis e auxiliam no desenvolvimento e formação de uma personalidade mais resistente às adversidades da vida. A questão toma contornos de *bullying* quando as rivalidades compõem-se de agressões físicas com certa regularidade ou as ofensas morais ganham constância no relacionamento. Fatores como esses comprometem a saúde mental da vítima do *bullying*.

Alguns pais, por seu turno, também, praticam *bullying* em face dos filhos, criticando-os constantemente, opinando, por exemplo, pejorativamente, sobre seu peso ou aparência, desprezam a capacidade intelectual do filho, declaram preferência a um deles com ostensiva desigualdade de tratamento ao(s) outro(s).

No ambiente escolar, desde sempre, houve disputa e desentendimento entre alunos. As divergências, em regra, ficavam restrita ao ambiente escolar. Todavia, com a internet as questões concernentes à agressividade gratuita atravessam os muros da escola e alcançam o ambiente virtual. O *bullying* na instituição de ensino, constitui uma forma cruel de prejudicar, consistindo em gozação com o intuito de menosprezar, ridicularização de alguma característica do colega, imposição de apelido vexatório, criação de histórias falsas, intimidação etc.

Embora seja uma questão com a qual se deparam as escolas é importante que identifiquem o problema e busquem formas ou estratégias para inibir ou, ao menos, controlar o *bullying*, desenvolvido no ambiente acadêmico.

Colhe-se da jurisprudência julgado em que foi reconhecido o *bullying* contra um aluno por ter sido vítima agressões físicas e verbais:

Ação de reparação de danos materiais e morais. Bullying escolar. Comprovação. Responsabilização da instituição de ensino. Direito à indenização patrimonial parcialmente reconhecido. Direito à indenização extrapatrimonial reconhecido e

valor arbitrado a esse título mantido. 1. Caso em que o conjunto probatório constante nos autos releva que a ré falhou no dever de cuidado que lhe cabia, decorrente do serviço educacional prestado, ao não ser capaz de adotar as providências necessárias (ferramentas pedagógicas investigativas e inibidoras adequadas) para que o autor, um de seus alunos, não sofresse agressões físicas, verbais e comportamentais de colegas (*bullying*) e, por conta disso, precisasse trocar de escola para voltar a ter um ambiente escolar saudável e desenvolvedor. 2. Dano moral ínsito ao próprio mal físico e emocional que o autor, uma criança de dez anos, sofreu ao ser vítima de *bullying* no ambiente escolar e em tal grau que retirou por completo o desejo do menor de permanecer em escola que já frequentava pelo terceiro ano seguido. Valor da indenização bem dosado em R\$ 6.000,00, sopesado que (I) as agressões não partiram de prepostos da ré, cuja responsabilização decorre por sua conduta omissiva, de não diagnosticar a prática do *bullying* diante dos elementos que possuía e de não coibir adequadamente a prática do mesmo a ponto de fazê-lo cessar, e que (II) o autor se adaptou bem à nova escola, evidenciando que o mal sofrido não provocou qualquer trauma ou outras consequências gravosas. 3. Danos materiais caracterizados, consistentes nos valores que precisaram ser gastos com materiais escolares complementares e uniformes exigidos pela escola para a qual o autor precisou ser transferido, bem como nos valores despendidos com o acompanhamento psicológico recebido e as aulas de reforço, do mês subsequente à transferência de escola, necessárias para compensar a queda de desempenho escolar provocada no período em que o autor sofreu *bullying*. Apelação do réu desprovida e apelação do autor parcialmente provida. (Apelação Cível nº 70072796303, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel: Eugênio Fachini Neto, J. 28-06-2017).

6. ASPECTOS POLÊMICOS DO NÃO CUMPRIMENTO AO DEVER DE PAGAR ALIMENTOS EM CASO DE COVID-19 PARA PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Qualquer vírus é fato natural extraordinário (força maior), que, normalmente, pode causar contágio ou morte. Isso

é previsível, qualquer pessoa tem conhecimento do motivo que originou ao dano. Por isso a força maior tem eficácia liberatória de responsabilidade civil. Já a pandemia provocada pela Covid-19, por sua vez, é um fato extraordinário e imprevisível por não ser normal que um vírus atinja os quatro cantos do mundo, contagiando enorme número de pessoas, matando milhões de seres humanos, provocando crises econômicas. Por tal razão, entendemos que se deverá aplicar, havendo pandemia, uma revisão no dever de prestar alimentos, ante a complexidade da situação, mediante comprovação da proporção em que as finanças do devedor foram afetadas pela pandemia.

Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi¹⁰ acerca do tema pondera que, em razão da pandemia, “o Superior Tribunal de Justiça decidiu garantir a todos os presos por inadimplemento da obrigação alimentar o cumprimento da pena em regime domiciliar. Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça emitiu recomendação n. 62/2020 aos Tribunais para a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo corona vírus no âmbito da justiça penal e socioeducativo e, notadamente, no art. 6º a recomendação cingiu-se que considerassem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívidas alimentícias, visando à redução dos riscos epidemiológicos em observância ao cenário atual”

7. MEDIAÇÃO COMO TÉCNICA DE SOLUÇÃO À OFENSA DE INTEGRIDADE FÍSICO-PSÍQUICA DO MENOR.

Principalmente em caso de guarda, alienação parental ou de *bullying*, os envolvidos (lesante e lesado), professor, coordenador pedagógico ou pais procuram pacificar o conflito. Como os conflitos gerados pela intimidação vexatória trazem, além de

¹⁰ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *As implicações da Covid-19 no direito civil*. In: Warde, Walfrido e Valim, Rafael (coord). *As consequências da Covid-19 no direito brasileiro* São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 135/136.

problemas jurídicos, questões de ordem psíquica, que dificultam ao judiciário uma decisão que atenda satisfatoriamente às necessidades dos envolvidos, a *mediação* poderia exercer um papel fundamental, visto que tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à intercompreensão, partindo de explicação, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediadores, para que cada um possa compreender o que o outro diz ou quer. A mediação com a intervenção e terceiro neutro (mediador qualificado), procura a conciliação entre “agressor” e vítima. A mediação, inclusive digital, em razão de pandemia favorece o diálogo, por clarificar o que pertence a cada um dos envolvidos na situação conflituosa, abrindo caminhos para uma reconstrução satisfatória da vida familiar, social e escolar. A mediação busca apenas comunicação e a escuta dos envolvidos (pais ou representante da vítima ou do agressor, professor e educandário), levando-os a descobrir a razão da conduta lesiva e a solução, tendo por escopo a busca do “*justum*”, sem violência. É uma técnica que envolve entendimento e libertação pessoal. É uma técnica auto-compositiva, que pode ser usada *online* de solução alternativa e consensual de conflitos gerados por término de casamento, discussão sobre guarda e visita, intimidação sistemática etc;. É um caminho para prevenir ou solucionar o bem-estar de todos os envolvidos e levar ao respeito da dignidade humana pondo fim às ofensas físico-psíquicas do menor¹¹, resolvendo embates com eficiência e praticidade, reduzindo aspectos temporais e monetários do litigioso processo judiciário, pois a mediação familiar procurará solucionar o problema gerado por *bullying*, por conflitos entre os ex-cônjuges etc., evitando demandas judiciais.

¹¹ BARBOSA, A. Mediação como política. *Boletim IBDFAM*. 73:8; RENCHON, La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits. *Institut Suisse de Droit Comparé*, Zurique, 1992, p. 288; AZEVEDO e BUZZI, Novos desafios para a mediação e conciliação no CPC, *Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil*, 108, 9 a 12; BROGNONI e outros. O divórcio durante a pandemia e sua relação com a mediação digital. *Revista Síntese – Direito de família*, 128: 12 a 17 (2021).

8. RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE DO MENOR.

Induvidoso que a violação dos direitos da personalidade do menor, acarreta o afastamento do causador do dano de sua companhia para preservação, o quanto possível, de sua integridade física e psíquica, notadamente quando essa violação ocorre na família com a consequente suspensão ou perda do poder familiar.

Com efeito, a lesão decorrente de agressões pode alcançar a integridade física do menor importando, não raras vezes, na configuração de dano estético. E esse tipo de violência como socos e chutes envolvem, indistintamente, qualquer idade e é praticada, muitas vezes, pelos pais.

De qualquer forma, configurado o dano, surge o direito à reparação, senão integral, pelo menos a mais justa possível, pautada pelo critério da equidade.

À toda evidência, pois, o menor tem direito à indenização por violação ao direito da personalidade quando o ato lesivo for praticado por terceiros. Seria flagrante injustiça se o dano ocorresse no seio familiar e ficasse ele sem ressarcimento. Diante disso, ainda que sejam os pais os causadores do dano não podem ficar impunes. Neste ponto a jurisprudência e doutrina tem acolhido pedido de dano moral formulado pelo filho em razão de abandono afetivo, conforme já destacado no item 3.

Configura, ainda, dano moral e material o infringido ao filho pela mãe por ter esta, por motivo torpe, mandado matar o pai, privando-o não só do apoio psicológico como também do sustento financeiro, como dá conta o acórdão do qual se transcreve a ementa:

Ação Civil Ex Delicto. Danos morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo. Assistência Judiciária Gratuita. Ausência de comprovação das dificuldades financeiras alegadas. Possibilidade de indeferimento da benesse pretendida em sede

recursal, com a determinação do recolhimento diferido das custas. Impugnação pela Ré aos benefícios da Justiça Gratuita concedidos ao Autor. Descabimento. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Genitora que, por motivo torpe, mandou matar o genitor de seus filhos, os privando da convivência com o pai. Danos morais configurados. Redução do valor arbitrado a título de danos morais. “Quantum” indenizatório alterado para fixação de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme as peculiaridades do caso. Juros moratórios segundo a Tabela Prática deste Tribunal a partir da data do cometimento do ato ilícito (04/12/2008). Súmula 54 do TJSP. Ilícito configurado, a permitir a responsabilização. Pensão devida ao filho de 1/3 (hum terço) dos vencimentos mensais da vítima, entre a data do óbito e a data em que o Autor completar 24 anos corretamente fixada. Correção monetária e juros moratórios da data dos vencimentos das parcelas, mês a mês, desde a data do evento danoso (crime). Recurso da ré parcialmente provido apenas para reduzir o valor arbitrado a título de danos morais para o montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Recurso do autor provido para que em referida condenação incidam também juros moratórios segundo a Tabela Prática deste Tribunal a partir da data do cometimento do ilícito (04/12/2008), enquanto que na pensão alimentícia, o termo “a quo” para correção monetária e juros moratórios será a data dos vencimentos das parcelas, mês a mês, desde a data do evento danoso (crime). (Apelações Nº: 1053031-45.2019.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, rel. Penna Machado, j. 28 de maio de 2020).

9. CONCLUSÃO

O superior interesse da criança e do adolescente é a tônica a ser considerada nas relações jurídicas ou sociais que os envolvam. Nesse sentido a afetividade criando laços de paternidade e maternidade fruto da convivência, ganhou largo espaço na família brasileira. Não obstante, verifica-se situações conflitivas vividas no seio familiar, acarretando, por vezes instabilidade emocional ou nas hipóteses mais graves, lesões à integridade física. Nesse particular o superior interesse da criança ao

prevalecer importa, por exemplo, na fixação da guarda a quem reunir melhores condições de exercê-la, em sendo inconveniente a adoção da guarda compartilhada. O regramento de visitas, em face da belicosidade afeta a alguns casais, deve ter por base o sadio desenvolvimento do menor que, por vezes, passa por estu-
tudo social e psicológico, bem como verificação de ausência de perigo no convívio com os genitores. No que concerne aos presos por inadimplemento da pensão alimentícia, durante o período da pandemia pela Covid-19, Superior Tribunal de Justiça decidiu garantir-lhes o cumprimento da pena em regime domiciliar. No ambiente escolar destaca-se o *bullying*, cujo dano moral é ínsito ao próprio mal sofrido. A responsabilidade da instituição de ensino é inquestionável. Cabe, por fim, indenização devida pelos pais aos filhos por danos morais e materiais a eles infringidos. A jurisprudência se revela instrumento essencial à efetivação dos direitos da criança e do adolescente.



10. BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Mônica. A síndrome da alienação parental e o mito de Deméter. *Estado de Direito*, 41:29
- AZEVEDO e BUZZI, Novos desafios para a mediação e conciliação no CPC, *Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil*, 108, 9 a 12;
- BARBOSA, A. Mediação como política. *Boletim IBDFAM*: 73:8
- _____. Antonio E. I. Ao encontro do pai, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 16:56-66.
- BROGNONI e outros. O divórcio durante a pandemia e sua relação com a mediação digital. *Revista Síntese – Direito de família*, 128: 12 a 17 (2021).

- CAMARA, Edilson de A. Investigação de paternidade, *Consullex*, 26: 50-1
- CRISPINO, Nicolau e MENEZES, José Carlos. Responsabilidade civil do genitor na alienação parental. *Revista Brasileira de Direito Comparado* 47:185-208.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *As implicações da Covid-19 no direito civil*. In: Warde, Walfrido e Valim, Rafael (coord). *As consequências da Covid-19 no direito brasileiro* São Paulo: Contracorrente, 2020.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5, Saraiva, São Paulo, 2020.
- FACHIN, Luis E. *Estabelecimento da filiação e paternidade*. Porto Alegre, Fabris, 1992
- GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. *Repertório da Doutrina sobre direito de família*. Vol. 4.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado* – Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo-Atlas. Vol. XVI, 2003
- MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito da Família*, 23:36
- NEVES BATISTA, Silvio. *Guarda e direito de visita. A família na travessia do milênio*. IBDFAM, Del Rey, 2000, p. 283-300;
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo. *Temas de direito de família*. RT, São Paulo, 1994.
- PIAGET, Jean. The relation of affectivity to intelligence in the mental development of the child *Bulletin of the menninger clinic*. Vol. 26, nº 3, 1962.
- PISANO MOTTA, Maria Antonieta. Guarda compartilhada, uma solução possível. *Revista Literária de Direito* n. 9
- PODEVYN, *Síndrome da alienação parental*
<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>
- RENCHON, La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits. *Institut Suisse de Droit Comparé*, Zurique, 1992.

- SEGUNDO, Luiz Carlos. Síndrome da alienação parental: o bullying nas relações familiares. *Revista Síntese Direito de família*, 62:99 a 100
- STRENGER, Guilherme G. *Guarda dos filhos*. LTR, São Paulo, 1998.
- VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. Afeto na relação familiar. *Direito em debate*. São Paulo-Almedina. Vol. 2.
- WETTER, Belmiro P. Investigação de paternidade socioafetiva, *JSTF*, 21: 63-5