

A RECUSA DA TOLERÂNCIA COMO ATO ILÍCITO E A ILICITUDE DA INTOLERÂNCIA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO TÓPICA E SIGNIFICANTE À TEORIA DOS DANOS[†]

Jones Figueirêdo Alves¹

Resumo: Destina-se o presente trabalho a descortinar a intolerância, como espécie de abuso, capaz de um enquadramento dogmático como ilícito civil, a par do abuso de direito, no gênero, ou do abuso de confiança, também em espécie, a se constituir, em sua tipicidade, como uma nova via de responsabilidade civil.

O tema proposto ao estudo ganha maior relevo quando circunscrito à esfera das relações familiares, nomeadamente um universo de enfrentamento de maiores questionamentos jurídicos, à medida que os conflitos interpessoais exigem mais do que a solução do caso judicial em concreto, exigem a resolução das pessoas.

[†] Relatório apresentado ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

¹ O Autor é Magistrado, integra o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). É o Desembargador Decano da Suprema Corte estadual, tendo-a presidido no período 2008-2010. Assessorou a Comissão Especial de Reforma do Código Civil na Câmara Federal. Entre suas obras publicadas, situam-se, em co-autoria, as primeiras obras doutrinárias do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.01.2002): 01. “Código Civil Comentado”, São Paulo: Editora Saraiva, 1ª edição, 2002, 1843 p.; 8ª edição, 2012, 2.358 p.; 02. “Novo Código Civil Confrontado com o Código Civil de 1916”, São Paulo: Editora Método, 1ª edição, 2002, 638 p.; 3ª edição, 2003, 688 p.; 03. Código Civil Anotado, Inovações Comentadas”, São Paulo: Editora Método, 1ª edição, 2005, 1.038 p. , assinalando-se ainda, a coordenação da Coleção “Questões Controvertidas no Novo Código Civil”, oito volumes, São Paulo: Editora Método e a obra “Manual das Audiências Cíveis”, São Paulo: Editora Atlas, 1ª edição, 2009, 209 p., 2ª edição, 2011, 209 p.

Uma incursão temática, embora abreviada, do “*locus*” da intolerância, dentro do universo familiar, faz evidenciar o propósito das análises, a detectar a multifacetada experimentação doutrinária e jurisprudencial a respeito da intolerância, capaz de sugerir, em situações extremas, a sua visualização como ilicitude civil.

Plano Expositivo: Introdução. Capítulo I – Enquadramento material. §1. Tolerância e intolerância como questões conceituais. §2. Construção de um modelo jurídico de tolerância. 2.1. Apontamentos. 2.2. Institutos jurídicos de tolerância. 2.2.1. Os denominados “atos de mera tolerância”. 2.2.2. A “cláusula de tolerância”. 2.2.3. Princípio da Insignificância. §3. Construção de um modelo jurídico de intolerância. Capítulo II – Incurções na Ilicitude civil da Intolerância. §1. O tema proposto. §2. Uma nova via de responsabilidade civil. §3. Dogmatização do abuso de intolerância e sua ilicitude civil. 3.1. Expectativa de coerência de conduta. 3.2. Abuso de posição dominante. 3.3. Exposição indevida do intolerado. § 4. Iniciação ao tema da intolerância em família. 4.1. Intolerância de gênero. 4.2. Excludentes de ilicitude. 4.2.1. A “*chaude-colle*”. 4.2.2. A Repulsa imediata. Capítulo III – Aplicações tópicas da ilicitude da intolerância familiar. § 1. Relações conjugais ou convivenciais. § 1.1. Tutela preventiva interdital da intolerância. § 1.2. A intolerância do abandono. § 1.3. A intolerância da sonegação. § 1.4. A intolerância como injúria grave. § 1.5. Embaraços ao exercício da autoridade parental. § 1.6. Alienação parental. § 2. Relações paterno-filiais. § 2.1. Intolerância e punição. § 2.2. A intolerância do rompimento. § 2.3. A intolerância do incumprimento alimentar. § 2.4. Interdições afetivas. § 2.4.1. A intolerância por omissão do afeto. O caso Eça de Queiroz. § 2.4.2. O Abandono afetivo. § 2.5. As interdições de autoridade. § 2.5.1. Desrespeito de autonomia e individualidade. § 2.5.2. Privações de convivência. § 2.5.3. A emancipação controvertida. § 2.5.4. A

denegação de consentimento de esponsais. §3. Relações parentais. 3.1. A intolerância etária. Capítulo IV – Conclusões. Bibliografia. Legislação aplicável.

“soll ich meines Bruders Hüter sein?”

INTRODUÇÃO

1.1.



As acusações impostas a Maria Madalena e o amor impossível de Romeu e Julieta são exemplos clássicos de intolerância.

A pergunta ácida e entediada de Caim: “*num custos fratris mei sum ego?*” (“tenho eu a custódia de meu irmão?”)², é a réplica intolerante e dramática que o Gênesis registra, como símbolo de uma cultura de incompreensão que todos os filhos de Caim herdariam para todas as gerações.

Caim, o primogênito, replica Deus, o Criador, grafando na resposta uma pretendida fixação de domínio de sua arrogância, em enunciado que contraria a própria razão e espírito do essencial, quando consabido, segundo a Torá, o termo “guarda” (“schamar”) referir ao “dever fraterno³ de vigília na proteção mútua, vínculo maior da família humana”. Em verdade, ele pretendia ocultar o que fizera, no delito contra Abel - inocente de toda culpa - em violação da guarda vigilante e mais que isso, ao dever de velar a vida do próximo.

Tem-se na intolerância da resposta do assassino, o símbolo que busca ocultar todas as violências do mundo.

Do crime-gênese insuportável de todos os crimes extrai-se a intolerância do irmão mais velho, fraticida por intolerar as

² Cópia da Vulgata, referida por Roberto Romano em “Os Nomes do Ódio”, São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 114.

³ E também dever jurídico, conforme a Torá.

ações de Abel, que rendiam os bons frutos das graças divinas.

E a tolerância tem o seu ápice de ilicitude, quando Caim ainda questiona: “É tão grande o meu delito de não se poder suportar?”.

A história e o direito assumem, em seus sítios próprios de experimentação científica, a condução testemunhal repleta de ocorrências e de fatos juridicamente relevantes que colocam a intolerância como um fenômeno cultural, político e jurídico, capaz de exigir o desenvolvimento de novas reflexões e estudos mais verticalizados.

Em outro ponto, o direito de ser tolerado impõe, na ordem jurídica, um direito fundamental, no sentido mais direto de uma proteção de tutela, despontando, daí, uma obrigação de meios por parte do Estado em eficacização de tal direito ao tempo que uma insuficiência de resultados úteis significaria implicar uma responsabilidade estatal objetiva pela intolerância não reprimida satisfatoriamente.

A temática ora posta a exame também é trabalhada ao tratamento das múltiplas questões que a intolerância envolve e, sobretudo, em análise do enfrentamento jurídico e jurisdicional que a ilicitude representa, de sorte a contribuir para soluções de políticas legislativas e judiciárias.

Anota-se, antes de mais, que o interesse do estudo que se apresenta tem origem a partir das ponderações de Claus-Wilhelm Canaris⁴, ao afirmar paradigmática “a obrigação do proprietário de um prédio arrendado de tolerar a colocação, por parte do inquilino, de uma antena parabólica, bem como a obrigação de uma mãe de fornecer ao seu filho informações sobre a pessoa do pai biológico”.

Em ambos os casos, diz ele, “o critério da dependência do titular do direito fundamental, em relação ao comportamento do outro sujeito de direito privado desempenha um papel

⁴ CLAUS-WILHELM CANARIS. Direitos Fundamentais e Direito Privado; trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra; Edições Almedina, 167p.

central”, para, ao depois, inferir a necessidade de fundamentar a ilicitude da recusa da intolerância ou da informação.

Segue-se, então, apurar o fato de a violação da obrigação de tolerância ser, em casos que tais, ilícita, como consequência, por óbvio, da existência de uma obrigação civil de tolerância, pelo que a expressão “*ilicitude da recusa da tolerância*”, adotada por CANARIS, serve-nos de fonte de inspiração à escolha do presente trabalho de pesquisa.

1.2. Diz a fábula que, à beira de um regato, o lobo perguntou ao cordeiro como ousava ele sujar a água de que estava bebendo. De forma irretorquível, respondeu o cordeiro que, achando-se abaixo da correnteza, em hipótese alguma poderia sujar a água do lobo, que estava acima. Nesse diálogo - de forças assimétricas - o mais forte, de repente, colocado sob uma invencível razão dos fatos e diante de uma imponderável necessidade de justificação, reagiu dizendo que se não fora ele, o cordeiro, agora; fora o seu irmão, antes, que sujara a água. E, uma vez mais, retrucou o cordeiro, afirmando que não tinha irmão.

O que, então, fez o lobo? Nós todos sabemos que o lobo comeu o cordeiro.

Fundamentalistas dão um toque de arrogante intolerância e rígida indiferença para com aqueles que não compartilham suas visões de mundo. (Umberto Eco).

Comportamentos típicos de intolerância ou intolerâncias por circunstancialismos dominam a cena mundial, mais nomeadamente a intolerância religiosa, a xenofobia, o racismo, as discriminações étnicas, a homofobia, o etarismo (discriminação etária), o “bullyng”, as intolerâncias de consciência, de gênero, de classes, a esportiva e, sobretudo, os discursos de ódio, com incitação nas redes sociais, e todas as demais intolerâncias em ordem conflituosa como fenômeno político-social presente e crescente.

O “*Case Gessy Arruda*” (Brasil, 2009) é exemplo sinagmático. A jovem sofreu hostilidades por outros alunos da

Uniban (Academia Paulista Anchieta S/C), quando usava um vestido curto durante as aulas. Demais disso, foi expulsa pela instituição educacional sob a alegação de “*desrespeito à moralidade e à dignidade acadêmica*”. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 34ª Câmara de Direito Privado, confirmou a sentença condenatória por dano moral.⁵

Pois bem. Faz-se urgente um estatuto teórico-dogmático a definir a recusa da tolerância, ou seja, a intolerância manifesta, imotivada e infringente de direitos, como ato ilícito civil, a constituir-se, destarte, como matéria de responsabilidade civil especial.

Inegável que a intolerância deva ser reconhecida como um fato jurídico, sua categorização decorre justamente por produzir efeitos jurídicos, não apenas representando um fenômeno social.

Impende discernir, também, acerca dos limites que me-deiam entre a tolerância e a intolerância, em área de brumas, para a apuração da ilicitude. Mais precisamente: o ato de não tolerar é de conteúdo, em princípio, lícito; e algumas vezes ilícito pelo resultado, tendo, por isso mesmo, um trânsito jurídico variável (entre ato jurídico e ato ilícito), capaz de ser havido como exercício regular ou como ilícito suficiente a produzir dano ou desequilíbrio social.

Assim, a intolerância apresenta-se como transgressão de um dever de ética convivencial ou de um dever imposto pela ordem jurídica; no caso, antes de mais, uma ruptura de equilíbrio social de convivência pacífica.

De tudo, no plano jurídico, cuide-se conveniente configurar dogmaticamente o ilícito da intolerância, seja por uma doutrina autônoma que o constitua como uma responsabilidade especial (ou categoria diversa), ao lado do ato ilícito (art. 186, CCbr) ou do abuso de direito (art. 187, CCbr); seja por enquadramento tópico de um dos dois modelos antes referidos

⁵ 12.03.2012

pelo Código Civil.

Em ser assim, as fórmulas da intolerância e suas fundações dogmáticas podem ser expostas, em linha propositiva, por via dos atos seguintes: (i) atos emulativos: comportamento com intenção de causar prejuízo (maleficia); (ii) atos abusivos: exercício desviante do direito; (iii) atos odiosos: discursos do ódio; e (iv) atos disfuncionais: quebra do sistema, por conduta incompatível com a expectativa social ou o politicamente correto e esperado.

Segue-se, portanto, admitir que a ilicitude da intolerância pode ser modelada como um desequilíbrio no exercício de posições jurídicas, significando, de consequência, desvio desconcertante dos valores sociais de um determinado direito ou a identificação de um juízo lógico de censura (reprovação), de acordo com o consenso social (fundamento axiológico).

O episódio do chute na imagem de N.S. de Aparecida, padroeira do Brasil, pelo pastor Sérgio Von Helder, em programa de TV (Rede Record), em protesto contra o feriado nacional religioso de Doze de Outubro, consagrado à Mãe Maria, é outro fato juridicamente relevante sobre a intolerância como ato ilícito civil; a implicar, na hipótese, dano moral coletivo.

O controle efetivo da intolerância, pelo seu enquadramento como ilícito civil, pelos recursos da lei e da justiça, deverá servir como instrumento de pacificação social, importando que a erradicação das intolerâncias significará, afinal, a tutela de efetividade ótima dos direitos fundamentais.

No absoluto, a ilicitude da intolerância, em sua eficácia, implicará em importante ruptura do comportamento intolerante que tem seu vínculo com a violência da própria sociedade criminogênica. Daí porque se reclama que intolerância como ilícito civil deva compreender uma esfera de responsabilidade civil especial.

Afinal, a intolerância, decisivamente, constitui infringência aos direitos fundamentais alinhados na Constituição Federal

e, sobretudo, ato de atentado ao princípio da dignidade humana.

É significativo lembrar que, por iniciativa da UNESCO, as Nações Unidas decidiram proclamar o ano de 1995, no quinquentenário das duas organizações, como Ano Internacional da Tolerância.⁶

A intolerância está no real das pessoas, no mais comum do cotidiano, no nível de totalidade de todas as situações sociais onde se intercalam atos ou omissões marcados por um enfoque discriminatório ou de repulsa, de ordem lesiva, rompendo as veias do diálogo e coletando ódios.

Entre 2008/2009, dezesseis famílias ciganas, de origem romena, foram atacadas e tiveram suas casas incendiadas, quando cinco pessoas foram assassinadas, tendo o filme “*Csak a szél*” (“Apenas o vento”, em tradução livre), de Bence Fliegauf⁷, servido de registro dramático a esse respeito, “para mostrar como a intolerância se infiltra sorrateiramente numa sociedade.”⁸

Basta este exemplo, a demonstrar o quanto a condição humana não faz concessões, promovendo o trânsito da intole-

⁶ Em 16 de novembro daquele ano, dia da celebração do quinquagésimo aniversário da adoção da Constituição da UNESCO, foi assinada a Declaração de princípios sobre a Tolerância. Conforme resultou escrito, “os signatários da Declaração afirmam que a tolerância não é só um princípio moral mas também uma necessidade política e jurídica para os indivíduos, os grupos e os Estados. Situando a tolerância em relação aos instrumentos internacionais que dizem respeito aos direitos humanos e que se estabeleceram desde há 50 anos, sublinha-se que os Estados deveriam elaborar, se necessário, novas normas legislativas com o fim de garantir a igualdade de tratamento e oportunidades aos diferentes grupos e indivíduos que formam a sociedade”. Os 185 Estados membros signatários proclamaram (Declaração de Paris) o dia 16 de Novembro, Dia Internacional para a Tolerância. Na Declaração, os estados participantes reafirmaram a “fé nos Direitos Humanos fundamentais” e ainda “na dignidade e valor da pessoa humana, além da intenção de poupar sucessivas gerações das guerras por questões culturais, para tanto devendo ser incentivada a prática da tolerância, a convivência pacífica entre os povos vizinhos”. Ver: <http://www.unesco.org/tolerance/globalsp.htm>

⁷ Exibido no Festival Internacional de Cinema de Berlim - Berlinale, 02/2012

⁸ Comentário do crítico Ernesto Barros (Jornal do Commercio, PE, 17.02.2012).

rância, nas relações sociais ou familiares, como se algo de fonte primária e comum, sem rastros cruéis ou de consequência nenhuma, ou como se possível fosse descaracterizar estatísticas de desagregação, policiais e políticas que timbram a intolerância como um fenômeno político, criminal e social.

A intolerância é o triunfo do extremo, no ininteligível do agir humano, em patomina de ritos de encenações desagregadoras. No essencial, a intolerância é um abandono da razão, de realidade inversa, em desproveito da humanidade (ou do ciclo familiar), intermitente, guardando com ela uma flagrante desaproximação.

Por certo, então, que determinantes do direito, como ideia do justo, boa-fé e os bons costumes, confiança, ordem social, solidariedade social, entre outros, colocam-se afeitos a categorizar juridicamente a intolerância como ilícito civil e, em outro passo, tendo-se a alocação da intolerância ilícita com adequação nas relações de família.

Este o propósito do presente estudo.

CAPÍTULO I. ENQUADRAMENTO MATERIAL

Sumário: § 1. Tolerância e Intolerância como questões conceituais. §2. Construção de um modelo jurídico de tolerância. §2.1. Generalidades. §2.2. Institutos jurídicos de tolerância. §2.2.1. Os denominados “atos de mera tolerância”. §2.2.2. A “cláusula de tolerância. §2.2.3. O Furto famélico. §2.2.4. O princípio da insignificância. §2.2.5. O perdão judicial. §3. Construção de um modelo jurídico de intolerância.

§ 1. TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA COMO QUESTÕES CONCEITUAIS.

Certamente dir-se-á, em conceito imediato, a tolerância ⁹

⁹ A palavra tolerância deriva do latim *tolerare* (sustentar, suportar).

como “o grau de aceitação, diante de um elemento contrário, a uma regra moral, cultural, civil ou física”; seguindo-se entender, portanto, a tolerância como um preceito ético arrimado no límimo princípio de amor ao próximo. Fundamento basilar da sociedade humana, este se acrescenta aos demais princípios, os de amor ao Criador, à pátria e à família, todos como pilares de probidade.

Tolerância como virtude, probidade, preceito de vida, dom magnânimo, formação de personalidade ou como regra de comportamento, juridicamente considerável, retenha-se, antes de tudo, que nela está o homem, como cidadão ético, apto à compreensão do mundo, em pretenso acerto de sentimentos, e mais que tudo, com os valores que o orientam à convivência social, dentro do lar ou fora dele.

Na Grécia antiga, a influência de EPICURO (c. 341 a.C./270 a.C.) vem discernir o cultivo da alma, servindo, de efeito, pelo exercício da moderação, a inibir os tipos de intolerância, como adiante indicou o humanista ERASMO, de Roterdã (1467-1537).

Fundamentalistas, adversamente, dão um toque de arrogante intolerância e rígida indiferença para com aqueles que não compartilham suas visões de mundo. (UMBERTO ECO).

Diz-se a intolerância intrínseca apenas ao monoteísmo: um deus único é, por natureza, um deus ciumento, que não tolera nenhum outro além dele mesmo. (ARTUR SCHOPE-NHAUER).

Lado outro, quando uma opinião contrária irrita, a parte contrariada (i) ou não está suficientemente convencida de seus acertos, (ii) ou reconhece sua incapacidade persuasiva de demonstrar as suas razões.

Não há dúvida de que muitos tiveram seus pensamentos e escritos voltados ao tema da intolerância ou da tolerância, a efetuar comparações entre ambos os conceitos ou ambas as realidades, de modo a provocar profundos questionamentos a

respeito.

Enseja-se anotar essa dualidade (tolerância e intolerância) em seus mais expressivos segmentos, nomeadamente a intolerância como um problema convivencial, tal como se revela na discriminação aos diferentes (em todos os níveis, culturais, ideológicos, etc.) e a tolerância como um ideal fraterno e poder de espírito que resulta na convivência admitida indiscrepante como pacífica e vital como elemento de compreensão.

Nessa ordem de raciocínio, o homem tolerante é a superação do egoísmo do homem primitivo, referido por THOMAS HOBBS, e introduzido na sociedade exigente de homens bons, como um ser racionalmente capaz de gentilidades que timbram a sua própria natureza humana.

Ou seja, vinculado a uma sociedade civil pacificante à medida de suas próprias contradições, ou alcançando, com efetividade, a harmonia convivencial diante da pluralidade das manifestações humanas. O intolerante está na barbárie; o tolerante está nos domínios da razão, construção humana permanente.

Como bem acentua DANIEL LINS:

“A idéia de tolerância emerge tarde no ocidente. Todavia, se na França, por exemplo, a imagem de tolerância começou a ser usada por volta do século XII, o vocábulo vai esperar quase dois séculos – 1.380 – antes de se inserir oficialmente na língua francesa. Ao contrário dos franceses, os romanos não conheciam o conceito de tolerância. Usavam, aqui e ali a palavra *tolerantia* que significava suportar um incômodo ou desprazer corporal.

Podemos, de chofre, observar que a palavra não se encontra primeiro na família semântica que a acompanha. De fato, a primeira noção vinculada conhecida em francês é a de intolerância, no final do século XII, oriunda do latim *intolerabilis*. O sentido de tolerável surge em 1355 e enfim, na mesma época, o de tolerância. Antonio Houaiss situa o surgimento do verbo

tolerar no século XV e as palavras intolerância no século XVI e tolerância no século XVII (1644).

Em todo caso, a tolerância como conceito emerge no pensamento ocidental no século XVII, no Tratado Teológico de Espinoza. (...) Espinoza propõe uma nova ética independente e tolerante, uma ética em rebelião contra a moral, rompendo assim com as ortodoxias religiosas da época. A ética da tolerância proposta por Espinoza vai, a seguir, ser revisitada por John Locke.”¹⁰

Assim, a tolerância idealizada é, por definição, a indulgência ou a condescendência de admissão de oposto, do agir e do sentir diferentemente, opostos ao nosso agir e pensar; por isso que o adjetivo tolerante (1789), conforme definido por HOUAISS, é que tolera, desculpa falhas ou erros.

A rigor, a tolerância exprime uma faculdade cognoscitiva, com o significado de construção volitiva de entendimento ou de admissão pragmática da opinião ou agir contrapostos, na fluidez de aberturas reflexivas e convergentes entre si.

Relevante, daí, nas relações interpessoais, um atuação sob os influxos de verdades ou vontades não exclusivas, que coexistam com outras verdades ou outras vontades próprias.

Para tal visão, é particularmente importante a assertiva de ROBERTO SENISE LISBOA quando, ao tratar do instituto da confiança, valor equivalente/equipotente, situa o seguinte:

“A vocação do direito civil é estabelecer, em meio à hipercomplexidade dos tempos atuais, a pessoa como o centro do sistema e não o seu patrimônio. Estabelece-se a dignidade pessoal como valor acima de todos (art. 1º, III, da CF) e compreende-se na diversidade das culturas o direito à auto-determinação, elemento relevante...”¹¹

¹⁰ LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In PASSETTI, Edson. OLIVEIRA, Salete (org.). *A Tolerância e o intempestivo*. Cotia (SP): Ateliê Editorial, 2005, pp. 19-33.

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, 212 p., p. 03.

§ 2. CONSTRUÇÃO DE UM MODELO JURÍDICO DE TOLERÂNCIA

§ 2.1. APONTAMENTOS

Institutos jurídicos de tolerância coexistem, em seus protótipos, no pressuposto firmado de pretendido reequilíbrio de relações, a compensar por atos de admissão de uma parte o agir de posição contrária, em determinada parcela de interesse daquela.

Aquele que tenha um interesse direto, cujo não atendimento implique na falta de satisfação capaz de não realizar a prestação adequada, em sentido mais amplo, poderá tolerar a circunstância, episódica, proporcionando ao fato uma tolerância compatível.

Em sua obra “Plano de Legislação Criminal” (1779), o médico e revolucionário francês JEAN PAUL MARAT, sustentou, pela primeira vez, uma releitura do pacto social de Rousseau, onde admitia que o dever de respeito às leis, extraído do contrato social originário, estaria a depender de a sociedade por ele instituída assegurar direitos naturais mínimos de existência. Nessa linha, ele reconheceu o roubo famélico e a eletividade do sistema.¹²

É importante sublinhar que a tolerância, como pressuposto de conduta juridicamente relevante, carece de um rol eficiente de situações, que a demonstrem singularmente afeita a essa modelagem, tal qual no exemplo francês.

Furto famélico¹³ e o instituto do Perdão judicial são, em

¹² Referido por CARVALHO, Salo de. “Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial” (pp. 249-269); in WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Ed; Del Rey, 2009.

¹³ “V. A res furtiva considerada – alimentos e fraldas descartáveis – caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser concedida a ordem para anular a decisão condenatória e trancar a ação penal por falta de justa causa. VII. Ordem concedida,

suas molduras jurídicas próprias, exemplos de institutos jurídicos de tolerância, como os demais a seguir, apontados em exemplificação.

§ 2. 2. INSTITUTOS JURÍDICOS DE TOLERÂNCIA

§ 2. 2.1. OS DENOMINADOS “ATOS DE MERA TOLERÂNCIA”

Ao se entender que inexistente direito à prescrição aquisitiva, pelo instituto da usucapião, por parte de quem tenha sido autorizado a residir em determinado imóvel, porque os atos de permissão não induzem posse e, no caso, a posse, daí decorrente, ser injusta e precária, ou por abuso da confiança do usucapiente em relação ao titular do imóvel, tem-se uma figura do instituto jurídico da tolerância, a elidir a pretensão de usucapir do tolerado na posse.

A aplicação de instituto da tolerância a não gerar direito à posse, tornando os atos de tolerância inoponíveis ao proprietário do bem, extrai-se do disposto no artigo 1.208 do Código Civil brasileiro, a não haver falar em fluência de prazo com o intuito de aquisição de propriedade com base na prescrição aquisitiva.

Reza o dispositivo: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou *tolerância* assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.(g. n.). De fato. Uma ocupação exercida por quem ali se encontre no imóvel, por mera permissão ou tolerância do proprietário, não faz afigurar uma posse “*ad usucapionem*”, como geratriz de qualquer direito.

Como se observa, a norma referida fundamenta uma garantia dos direitos do possuidor “que tolera ou permite certos

atos praticados por outrem (atividade social, econômica e/ou produtiva), atinentes ao uso ou gozo da coisa, assim procedendo com o objetivo exclusivo de favorecer a convivência social, especialmente as relações de vizinhança”, como acentua JOEL DIAS FIGUEIRA JR¹⁴.

Com efeito, a tolerância também não se empresta a definir uso comum ou a significar servidão de passagem quando, em caso julgado¹⁵, a tolerância de um antigo dono de imóvel não assegura acesso público à cachoeira ali situada pós venda da propriedade. Mais precisamente: inexistente direito de alguém “permanecer na fruição de bem particular alienado a terceiro, cujo gozo lhe foi permitido por tolerância do antigo proprietário”.

Na situação referida, o uso comum por tolerância não instituiu servidão, que, de fato, não se presume¹⁶, mas pode ser constituída por ato voluntário das partes interessadas em sua instituição, sempre, porém, a tanto, com o necessário registro cartorial. A decisão reconheceu inexistir servidão de passagem, em função de necessidade/utilidade de trânsito, que pudesse assegurar acesso a bem de uso comum ou saída à via pública, mas tão somente ato de tolerância em permissão de uso.

Em boa nota, os determinados atos de tolerâncias, importando em autorização tácita, “derivam de um espírito de condescendência, de relações de amizade e de boa vizinhança, caracterizados, via de regra, por elementos de transitoriedade e passividade”¹⁷.

Estes caracteres, inerentes ao próprio significado da tolerância, no plano fático, relocam-se no mundo jurídico, daí ser-

¹⁴ FIGUEIRA JR. Joel Dias. In Código Civil Comentado, Ricardo Fiuza (Coord.), São Paulo: Editora Saraiva, 8ª. ed. 2012, p. 1306.

¹⁵ Neste sentido, interessante acórdão no REsp. nº 316045, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, figurando Relator o Min. Villas Bôas Cueva.

¹⁶ no que trata o vetusto art. 696 do Código Civil de 1916 (“a servidão não se presume”)¹⁶,

¹⁷ FIGUEIRA JR. Joel Dias. Idem.

vindo com a mesma matriz aos efeitos jurídicos que deles se extraem. Se, de um lado, quem tolera (agente titular) a apreensão da coisa não renuncia automaticamente a sua posse, quem detém a coisa (tolerado) submete-se ao conteúdo da tolerância, o que faz não induzir a posse a seu favor.

A tanto, proclama SILVIO DE SALVO VENOSA que, “enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho. Suprimida a permissão ou *tolerância*, abre-se encancho à defesa da turbação, que então passa a existir.

Claro se vê, portanto, que a tolerância, inserida na ordem jurídica (art.1.208, CCbr), exsurge com poder de autorização revogável, como o da retirada da concessão de uso, não podendo, todavia, o concedente, ao intolerar a permanência daquele em posição precária, exorbitar de suas próprias razões, sob pena de a sua intolerância incorrer em infringência suscetível de reparação civil, em determinadas situações, como a de fazer justiça por mão própria. Nesse contraponto, um modelo jurídico da intolerância que serve ao tema central.

§ 2. 2.2. A “CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA”

O mesmo se afirma da tolerância disposta como cláusula contratual. O instituto jurídico da tolerância, no plano contratual, em relação de direito obrigacional, tem sido presente na chamada “*cláusula de tolerância*”, de uso frequente.

Aliás, tem sido assente que “não há iniquidade na estipulação de cláusula de tolerância que abrange ambas as partes, na hipótese de descumprimento de suas obrigações”.¹⁸

A cláusula padrão de tolerância está presente em contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, em face de atraso na entrega da edificação, figurando sempre a previsão

¹⁸ Acórdão em Apelação Cível nº 700478935506, da 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em relatoria do Des. Marco Antonio Angelo, j. em 27.06.2012, DJ de 29.06.2012.

contratual da tolerância de cento e oitenta (180) dias, na entrega da obra, em contratos da espécie.¹⁹

Também tem sido admitida a cláusula de tolerância sobre as dimensões de imóvel, em compra e venda de unidade imobiliária, com venda “*ad corpus*”, não obstante a previsão de diferença de até 3% (três por cento) para mais ou para menos. Neste sentido, a “cláusula de tolerância” vem estabelecer, na hipótese, nenhuma repercussão jurídica, econômica ou financeira, em caso de ocorrer diferença de metragem de até 3% da área objeto do contrato, significando negócio jurídico perfeito e acabado, a não outorgar ao comprador o direito de exigir implementação de área (artigo 500, Código Civilbr).

Em compreensão de tal cláusula, aplicada com relação à área da unidade objeto do contrato e sua fração ideal, independente da natureza da venda (“*ad corpus*” ou “*ad mensuram*”), esta é havida sem importar qualquer nulidade, considerando a disciplina do Código Civil, e sem violação ao atual Código de Defesa do Consumidor, sob a perspectiva dos artigos 51, I, e 54, §§ 3º e 4º, c.c. o artigo 51, XV, do mesmo estatuto consumerista.²⁰

§ 2. 2.3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância em matéria penal tem a sua aplicação nos casos em que, não obstante a conduta, a vítima não tenha sofrido prejuízo relevante em seu patrimônio, de maneira a não configurar ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, para afastar a

¹⁹ Acórdão em Apelação Cível nº 70046129060, da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em relatoria do Des. Carlo Cini Marchionatti, j. em 14.12.2011, DJ de 19.01.2012, aponta que essa precisão constitui cláusula padrão, em contratos de empreendimento complexo, “sujeito a situações involuntárias das mais variadas, ditas de força maior, que podem levar ao atraso na entrega de unidades edilícias, descaracterizando que se trate de cláusula abusiva.

²⁰ Nesse entendimento: STJ - 3ª Turma, RESp. nº 167,352-DF, Rel. Mini, Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07.10.1999.

tipicidade pela aplicação do referido princípio, o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, ou seja, a lesão ao bem jurídico ou a conduta do agente, devem ser ínfimos.²¹

De ver que esse princípio, o de tolerar pequenos delitos, pela insignificância do valor patrimonial dos bens configuradores da “res furtiva”²², vinha sendo aplicado mesmo em casos de reincidência, conforme alguns julgados²³, não obstante, mais recentemente, também se reconheça que “(...) deve ser usado com parcimônia pelo julgador, visando sua não banalização e incentivo ao cometimento de pequenos delitos (...)”²⁴. Precisamente porque “a aplicação do princípio requer o exame de circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.”²⁵

Admitir a insignificância do delito, para a não apenação, e, mais que isso, retirar-lhe a expressão penal, em excludente de tipicidade, colocando o agir no mero mundo dos fatos não incidentes ao direito penal, é tolerância manifesta, colocando-se o instituto no plano penal de forma exuberante.

Nada obstante, essa forma de tolerância jurídica tem sido

²¹ O conceito é extraído de Acórdão que admitiu a soltura de acusado por crime admitido de insignificante repercussão, trancando a ação penal por falta de justa causa (STJ – 5ª Turma, RHC nº 23.376-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 28.08.2008).

²² “Mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas, pois as mercadorias teriam sido avaliadas em valor aproximado de R\$30,00, atreindo, portanto, a incidência do princípio da insignificância, excludente da tipicidade. ((STJ – 5ª Turma, RHC nº 20.028-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 24.04.2007).

²³ “IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente vinculado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. - STJ – 5ª Turma, RHC nº 20.028-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 24.04.2007.

²⁴ STJ – 5ª Turma, AgRG no REsp. Nº 1.282,906-so, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. em 15.03.2012.

²⁵ STJ – 5ª Turma, REsp. nº 1.225.354-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 15.03.2012.

criticada, por alguns, pelo resultado de incentivo de criminalidade, merecendo melhor tratamento de política criminal ao desestímulo, por medidas sociais e profiláticas, como sucede nos casos de violência esportiva em campos de futebol, etc.

§ 3. CONSTRUÇÃO DE UM MODELO JURÍDICO DE INTOLERÂNCIA

Entendimento judicial definiu que uma separação repentina de união estável assegura direito a uma reparação civil por danos morais. A decisão foi do juiz Paolo Pellegrini Junior, da 1ª Vara Cível da Comarca de Iguape, em São Paulo. Ele condenou R.C.S. a pagar seis meses de pensão - no valor total de R\$ 1.440,00 - e indenização por danos morais de R\$ 4,8 mil à sua ex-companheira, porque a expulsou de casa repentinamente.²⁶

É este fato do inopinado, incomum de ruptura, que indicou o dano moral, embora se admita, principalmente, que a ruptura como ruptura não significa repercussão de intolerância que venha a constituir dano moral por agredir a dignidade humana. De igual modo, a intolerância, nessa extensão, fica subsumida no enfoque de não ser ela o ilícito em si mesma, mas a repercussão que ela, como ilícito, possa ter para a configuração do dano. A conclusão é a de a intolerância dever ser sempre havida como ilícito civil pelos efeitos que ela produza, por sua natureza e gravidade, em exorbitando a intolerância simples, que, a seu lugar, não constitui causa séria ou fundada angústia no espírito do intolerado.

Nesse viés, registra-se o racismo de DAVID IRVING, historiador inglês, condenado por antissemitismo pela Alta Corte de Londres, como associado aos neonazistas que tentam inocentar Hitler. Ele negou a existência de câmaras de gás e

²⁶ ALVES, Jones Figueirêdo. Coluna Direito de Família. Diário de Pernambuco, edição de 04.07.2004.

outras atrocidades cometidas contra os judeus, na II Guerra Mundial, em vários dos seus trinta livros. Condenado a pagar indenização de cerca de U\$ 3,2 milhões, Irving foi refutado pela pesquisadora americana Deborah Lipstadt em seu livro “*Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*”, que o considerou um dos mais perigosos mentirosos sobre o Holocausto.

A sua intolerância antissemita, bem por certo, serviu-lhe de escopo à defesa do nazismo, ao extremo de subverter fatos históricos, significando a sua condenação em pena pecuniária, com o caráter indenizatório, como modelo, afinal, da intolerância capaz de significar ilicitude civil.

Acentua-se outro exemplo, com referência ao julgamento da teoria da evolução. Relembra-se, em 1960, o julgamento, de Tennessee, EUA, tendo um professor acusado de ensinar o Darwinismo. O advogado Henry Drummond enfrenta o líder fundamentalista Matthew Harrison Brady, em julgamento considerado o mais emblemático do século XX, onde a intolerância exsurge como causa eficiente e motriz à polêmica e ao processo.

CAPÍTULO II. INCURSÕES NA ILICITUDE CIVIL DA INTOLERÂNCIA

Sumário: § 1. O tema proposto. § 1.1. Uma nova via de responsabilidade civil. §2. Dogmatização do Abuso de Intolerância e sua ilicitude civil. §2.1. Expectativa de coerência de conduta. §2.2. Abuso de Posição dominante. §2.3. Exposição indevida do intolerado. §3. Iniciação ao tema da ilicitude da intolerância familiar. §3.1. Intolerância de gênero. §3.1. Excludentes de ilicitude. §3.1.1. A “*chaude-colle*”. §3.1.2. A repulsa imediata.

§ 1. O TEMA PROPOSTO

A ilicitude no direito arcaico tem o paradigma seguinte:

“O ilícito se confunde com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado, pelos legisladores antigos (reis sacerdotes)”.

Todavia, em tempo hodierno, multifacetados os paradigmas, funcionaliza-se uma nova feição da ilicitude civil, na aguda percepção de BRAGA NETTO, ao apregoar que:

“O ilícito civil, se perspectivado em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores que é inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico incorporando referências axiológicas e as traduzindo em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais no sistema do direito civil”.²⁷ De fato.

Nessa linha, a noção jurídica da ilicitude e sua evolução empreende escorço histórico, a saber do que adiante, com brevidade, se desenha.

Em boa medida, o enquadramento legal da intolerância como ilícito civil está ao tempo que a intolerância não deva ser tolerada.

Narrando sobre os limites da tolerância, LOCKE apontou que a tolerância teria três limites fundamentais:

(i) Não se deve tolerar todos aqueles que atentem contra a própria sociedade e os direitos naturais dos indivíduos, pondo assim em causa o bem comum;

(ii) Não se deve tolerar aqueles que a coberto da religião são súbditos de outros Estados;

(iii) Por último, não se devem tolerar os ateus porque os mesmos não respeitam as promessas feitas, os contratos e os juramentos que são os laços que unem as sociedades huma-

²⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos Ilícitos Civis. Belo Horizonte; Editora Del Rey, 2003, 136 p.; p.04.

nas.²⁸

De tais formulações, constrói-se a assertiva do dever de não recusar tolerância, quando a intolerância configura transgressão ética contra o sentido de razoabilidade que orienta a temperança e a própria tolerância.

Mostra-se necessário disciplinar, doutrinariamente, a intolerância como ilicitude da qual se infere o produto de lesão provocada, em face da recusa da tolerância que se operou no plano dos fatos. Assiste-se a essa necessidade quando firma-se, de logo, o reconhecimento de que, diante de um dever solidário familiar, de aproximação harmônica aos direitos de outrem, o ato de intolerar deve ser rejeitado à medida que, ferindo harmonização, consolide abuso de intolerância e, em vista disso, cause sérios gravames.

A tolerância é um dever jurídico e a intolerância é a transgressão desse dever, noções que se mostram necessárias como fundamento e regra em traçado da responsabilidade civil pelo fato de a intolerância, em determinadas latitudes, desafiar e violar o dever de tolerar.

Assim, o estudo que se faz, circunscrito em direito de família, é o do conveniente estado de solidariedade familiar, quando se persiste a ideia de ser a família um produto nuclear de paz social.²⁹

§ 2. UMA NOVA VIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Enquanto o Abuso de confiança³⁰ foi defendido como

²⁸ Carta sobre a Tolerância, de John Locke. Tradução de referência do texto: Lisboa Editora. Lisboa. 1ª. Edição. 1999. Ver: <http://afilosofia.no.sapo.pt/12lockeObra.htm>

²⁹ Nesse ponto, um eixo interessante é o sociológico, na medida de buscar as devidas percepções de como a estabilidade familiar, em suas mais variadas vertentes, produz um estado de distensão social e segurança emocional, a produzir uma sociedade mais tolerada e harmônica.

Conferir: (a) ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; A tutela da confiança como fundamento da Responsabilidade Civil; in EHRHARDT JR., Marcos; BARROS,

uma terceira via de responsabilidade civil, conforme sustentado por Claus-Wilhelm Canaris quando consolidou a apresentação de sua tese “*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*”³¹, “cuja base é a relação entre a confiança e a existência de uma relação unitária de proteção”,³² tenha-se, por identidade de razões³³, que o Abuso de Intolerância também se apresenta como uma outra via de responsabilidade civil.

Mais precisamente, a responsabilidade pela tolerância tem conformidade contemporânea com o dever ético de convivência pragmática com adversidades de ideias, cultos, crenças, posições e pessoas, todas colocadas em situações jurídicas, nas relações intersubjetivas.

Essa responsabilidade por tolerância faz suscitar comportamento compatível com o *standard jurídico* de quem espera ser tolerado, figurando-se a intolerância como ilícito civil, por violação de uma conduta básica ao tráfico de compreensão que celebra harmonia e pacificação social (e familiar, no particular).

A intolerância ilegítima, no ponto, é o desvalor fundamental que decorre da ruptura de tolerância adequada que se impõe no trato social ou familiar.

Logo, a intolerância é delitual, quando relacionada a uma incompreensão significativa, admitindo-se sua existência jurídi-

Daniel Conde; *Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o Direito das Obrigações e Contratos, em homenagem ao Professor Paulo Luiz Netto Lobo*; Salvador (BA): Editora JusPodivm, 2009; 668 p.; pp. 457-469 b) ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; A tutela da confiança e seus reflexos na responsabilidade civil; in VIEGAS, Frederico (Org.); *Direito Civil Contemporâneo*; 1^a. ed., Brasília (DF): Obscursos; 2009, 385 p.; pp. 61-74;

³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munique: Beck Verlag, 1971.

³² LISBOA, Roberto Senise; obra cit., p. 85.

³³ As mesmas razões parelhas que foram sustentadas, no direito português, por MANUEL ANTONIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, na sua obra “Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil”; Coimbra; Editora Almedina; reimpressão da edição de fevereiro/2004, 974 p.

ca³⁴ como decisiva à teoria do ato ilícito e à teoria dos danos, dela decorrentes. Dita incompreensão, para os devidos fins da intolerância delitiva, é aquela de quem não se dispõe a tender ao outro (em acepção semântica do “entender”) e, ao recusar essa flexão comportamental, termina por atuar contra a verdade ou a vontade alheia, com o traço firme da superação do razoável, ou seja, desarrazoadamente,

A tolerância, ao contrário, é sempre objetivada pelo comportamento mínimo de valores de cooperação ou de respeito de autonomia, a minorar os conflitos, exorciza-los ou impedi-los. Tolerância é abertura desmedida de espírito; a intolerância é o fechamento também desmedido e dominante de nulificação convivencial.

§ 3. DOGMATIZAÇÃO DO ABUSO DE INTOLERÂNCIA E SUA ILICITUDE CIVIL

Uma dogmatização do abuso de intolerância como ilícito civil há, de saída, promover a leitura dos artigos 187 do Código Civil brasileiro e 334º do Código Civil português.

Vejamos:

“Art. 187, CCbr. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“Art. 334º, CCpt. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

A partir dessas premissas de base normativa, recolhe-se como experimento fundante, a dogmatização construída por MENEZES CORDEIRO, quando consolidou os estudos sobre

³⁴ e não apenas ontológica, dirá Roberto Senise Lisboa, obra cit., p. 92.

o Abuso de Direito.

Postula-se um alinhamento entre os preceitos legais e as regras morais que apresentam identidade lógico-substancial com ambos os institutos.

(i) *O Abuso de Direito*, com seus fundamentos e consequências, com as várias vertentes por ele desenvolvidas;

(ii) *O Abuso de Intolerância*, com identidade vinculada na mesma fonte, para a sua imersão na responsabilidade civil.

Os postulados jurídicos estão particularmente gêmeos, quando as lesões injustamente cometidas contra o direito de outrem, emanam de abusos de uma conduta mediatamente lícita.

Neste ensejo, tem interesse de estudo consignar a doutrina de MENEZES CORDEIRO à formação analítica, de tipo germânico, por ele desenvolvida, no efeito de uma aplicação apropriada, por similitudes primárias, ao abuso da tolerância.

Assim, a atitude de intolerância que, aparece do agir humano conforme, a entender-se como reação comum e não-lesiva, assume uma atitude abusiva, ao recusar a tolerância necessária, em trespasse qualitativo exorbitante. Essa expansão desmedida, entre tolerar e não tolerar, não tolerar menos ou não tolerar demais, ou tolerar sem tolerâncias maiores, compreende uma linha de graus comportamentais, onde sucede, com maior nitidez, a variação entre o lícito e ilícito.

O acolhimento doutrinário do Abuso da Tolerância segue, assim, a construção doutrinária levada a efeito quanto aos abusos de direito que consolidaram o instituto, a partir de sua configuração mais remota.

A “*aemulatio*”, praticada sem proveito ao titular, e a um só tempo, em prejuízo de outrem; configura os atos emulativos, de “*injustiça manifesta*” que os romanos consagram no entendimento dos atos abusivos; incidindo, por efeito, a “*exceptio doli*”, por defesa pelo emulador, ou do outro contrapondo-se

com a “*exceptio doli preasentis*”.

Adiante, o instituto passa por novas construções doutrinárias e, sobretudo, da jurisprudência, para reprimir condutas graves, de práticas danosas, em ilicitude flagrante, aí se verificando, ainda, a sua fonte mais remota, “*fundamentalmente ligada às relações de vizinhança*”.³⁵

Segue-se, na concepção do instituto, o conceito de falta (“*faute*”), da doutrina francesa, admitindo o civilista português que “*na realidade, a falta traduz um misto de culpa e ilicitude que, na sua imprecisão, permite desenvolvimentos muitos latos, no campo da responsabilidade civil*”³⁶.

É nesta perspectiva que tem lugar o largo experimento do instituto do abuso de direito, dado que “*na verdade, a pessoa que actue com “falta” é responsável, mesmo quando se acolha ao exercício formal de um direito*”.

Aqui poder-se-á reconhecer que a falta, para o abuso da intolerância, situa-se na falta de aceitar a discordância, embora esteja aquele faltoso no seu direito de discordar; resultando, porém, de tal falta, a manifesta recusa da tolerância necessária, ao extremo da sua dimensão de ilicitude.

A experiência francesa, com origem no célebre caso da chaminé falsa de Colmar, consolidou o instituto, embora sem “um nível satisfatório de explicação científica”.³⁷

O exemplo histórico mais veemente do abuso de direito, apesar dos precedentes da jurisprudência francesa, está, por expressiva coincidência, com emanações no direito de família. O caso do senhor feudal, na Alemanha, que fez sepultar a sua mulher, nos domínios do seu castelo, impedindo que o filho de ambos, de quem nutria discórdia, pudesse visitar na propriedade a sepultura de sua mãe. O Tribunal garantiu ao filho enlutado o direito de acesso, coibindo a exorbitância do uso de direito

³⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes. Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”. Coimbra: Edições Almedina, pg. 35.

³⁶ Obra cit., p.37-38.

³⁷ Obra cit. P. 36

de propriedade pelo pai que, em último significado, importava em Abuso de Intolerância.

NAVES define como abuso de direito “o exercício ou a simples pretensão de exercício irregular, anormal, imoderado ou injusto de um direito reconhecido”, o que corresponde, de forma simplificada, ao “exercício, ou a mera pretensão de exercício injusto de um direito legítimo”

Uma das melhores definições dogmáticas de abuso de direito, como categoria jurídica inserta no art. 187 do novo Código Civil, está na obra de GUSTAVO TEPEDINO, ao conceitua-lo como “uma conduta que, embora lícita mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover”, almejando a sua disciplina uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídico subjetiva.

E nesse sentido, sustenta que a aferição da abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, dependendo tão somente da verificação daquela desconformidade, o que dimensiona o abuso de direito para além da configuração própria de uma ilicitude, tal como colocada em espécie no novo direito codificado, condicionada a uma prova de culpa, de modo a alcançar outras situações jurídicas, que apesar da licitude de que revestidas, exigem uma valoração funcional quanto ao seu exercício. E em assim sendo, interpreta o reportado art. 187 como referência a uma ilicitude *latu sensu*, suscetível de controle em maior escala, independente da noção de culpa.

Cuido tratar-se do entendimento mais consentâneo com a teoria do abuso de direito, em superação de controvérsias doutrinárias, isto por estrutura-la, com amplo espectro, em critérios de apuração rigorosamente objetiva, a responsabilizar o agente do ato abusivo sem a necessária perquirição de sua conduta volitiva ou intencional à causação do dano.

Dessarte, a relativização dos direitos subjetivos, a ajusta-

los, com precisão de estilete, aos valores da modernidade do direito, pautados na eticidade e na dignidade humana, exigem que o exercício do direito limite-se aos fins específicos que lhes são conferidos, na usual natureza de sua destinação e nos fundamentos axiológicos que o orientam.

Como visto, consiste, então, o abuso de direito, na contrariedade dos valores da norma jurídica, sob a expressão adotada por LAURENT (“*abus de droit*”), quando exercido o direito subjetivo que dela se extrai, por conduta do seu titular que exceda os limites do regular exercício de seu direito, em descompasso com os interesses éticos, sociais e econômicos, de tal sorte a causar ou poder causar dano a terceiro. É uma limitação intrínseca ao exercício de um direito subjetivo, diante do art. 187 do Código Civil brasileiro.³⁸:

Ora. Assim concebido, o desempenho de atitudes em ordem a representar abuso do direito, tem precisão com idêntico sentido de um exercício abusivo da intolerância. Embora não possam obter estes atos um único catálogo, defendemos conveniente à ilicitude da tolerância, uma “regulação típica de comportamentos abusivos”, na espécie do gênero Abuso.

A tanto, impõe-se refletir, com MENEZES CORDEIRO, “sendo típicas, estas regulações não permitem uma classificação, uma vez que ora se sobrepõem parcialmente - um mesmo acto pode ser objeto de várias regulações – ora deixam por cobrir espaços abusivos possíveis. Constitui, todavia, um instrumento jurídico-científico reconhecido, e hoje, imprescindível, para trabalhar com conceitos indeterminados.”

É o caso.

§ 3.1. EXPECTATIVA DE COERÊNCIA DE CONDUTA:

³⁸ “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”

No que interessa mais de perto, o abuso de intolerância nas relações familiares, além de consistir um vício do direito, um direito desviado das cláusulas gerais de conduta, se constitui, sobretudo, em indicativo de ilicitude revestida da maior gravidade, por atentar contra a dignidade constitucional da família, onde de conseqüência o controle e a reprimenda judicial deverão refletir e formular soluções mais adequadas, com novos métodos de avaliação, inclusive profiláticas e preventivas.

Descortinar, daí, uma análise dos atos lesivos mais frequentes, em sede do direito material de família, embatendo-se a ilicitude do abuso de intolerância familiar com a responsabilidade civil dela decorrente, na finalidade proativa, afinal, de estabelecer critérios funcionais para o interesse de resultados de correção e de responsabilização, em dignidade da família, é o propósito que nos anima na proposta de estudo.

De tal sentir, o modelo imediato na linha de configuração dos atos abusivos é o que reflete a expectativa de uma conduta coerente, afinal desatendida.

A criação de uma justa expectativa, em face de determinada situação pré-estabelecida, uma vez frustrada, em níveis de proveito adverso arbitrário, rende ensejo, à indenizabilidade, como circunstancia lesante ao princípio da boa-fé, cuja presença é exigida nas relações comportamentais, produtoras de efeitos jurídicos próprios.³⁹

§ 3.2. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE:

A intolerância como ilicitude civil, no âmbito familiar, alcança sua vertente mais visível, quando o intolerante assume posição dominante em face do intolerado, mais precisamente quando as relações sejam assimétricas, onde o intolerante detém assunção de autoridade perante aquele intolerado, como sucede em casos do cônjuge provedor por exclusivo ou da au-

³⁹ Neste sentido: EI nº 591083357 - TJRS

toridade parental em potestade absoluta.

O abuso de posição dominante, como ilícito civil, é instituto novo no direito português, assim contemplado na Lei n° 19/20912, de 08 de maio (Lei da Concorrência) e no artigo 102° do Tratado sobre o Funcionamento da Européia (TFUE), tendo em foco comportamentos abusivos correntes, em tema de direito comercial.⁴⁰

Em idêntica diretiva, entenda-se que a ilicitude da recusa da tolerância manifesta-se, primordialmente, como abuso de posição dominante, sob a referência de se constituir em postura de exercício arbitrário da posição dominante do cônjuge ou do genitor, a desconsiderar razões, motivos e idéias do outro cônjuge e dos filhos, pela simples dominação de poder ou por asunção de autoridade.

§ 3.3. EXPOSIÇÃO INDEVIDA DO INTOLERADO:

As redes sociais servem, atualmente, como rede de intrigas, expondo a fragilidade de relações, quando divergem aqueles que utilizam a rede para desabafos incontidos de raiva ou de intemperanças manifestas, exarcebando os limites das desavenças ocorrentes.

Este ponto está a merecer séria preocupação dos operadores do direito. Casos de posturas inadequadas, com manifestações raivosas, disseminam atos de intolerância em face de determinada pessoa por questões domésticas mínimas e que repercutem nas redes sociais. A intimidade devassada de conflitos familiares, exposta na “timeline”, ao acesso de muitos, resulta de um ato intolerante ilícito à medida que expõe o intole-

⁴⁰ O novo instituto é objeto de estudo, em doze capítulos, sobre o regime substantivo da proibição de abusos de posição dominante, na obra “Abusos de Posição dominante”, de Ricardo Bordalo Junqueiro, ed. Almedina, 2012, 470 p. Os abusos mais frequentes são identificados com a recusa em contratar, a compressão de margens, os preços predatórios, a venda ligada, a discriminação abusiva, os acordos exclusivos, os descontos condicionais e os preços excessivos, entre outros abusos.

rado perante terceiros.

Induvidosamente exsurtem danos morais sofridos pelo intolerado, quando a intimidade familiar é exposta nas redes sociais.

Esse desequilíbrio no exercício das relações já se revela em erupção emergente, desafiando um enfrentamento substancial sob a égide das condutas abusivas observadas.

§ 4. INICIAÇÃO AO TEMA DA ILICITUDE DA INTOLE-RÂNCIA FAMILIAR

Um conceito jurídico de intolerância deve ser viabiliza-do, para que sua definição, colocada em moldura do direito, possa ser trabalhada pela aplicação do jurista.

Nesse intento, há de se considerar:

a) a tolerância como um valor, afigurando-se nas rela-ções de família, um valor urgente.

A tolerância exsurge na sua juridicidade como elemento contributivo/construtivo a uma ideia de solidariedade familiar, ou com maior precisão, de integração familiar;

b) a intolerância, o oposto, como um desvalor, ou a nega-ção, a recusa da tolerância, e por seu conteúdo negativo, ele-mento de ruptura nas relações famílias, em desfavor da própria solidariedade.

Claro se percebe que a intolerância, juridicamente, seja uma prática desvalorativa de tolerância negada, capaz de pro-duzir dano relacional ou ruptura no sentido da desintegração de família, prática essa que se inscreva suficiente a transgredir a consistência afetiva existente.

A intolerância não se acha especificada na lei civil, em esfera do direito familiar, para efeito de uma definição tipoló-gica, mas os seus casos podem ser investigados em contraponto a concepções como respeito (desrespeito) amparo (desamparo) assistência (desassistência), tratados em diversos dispositivos

do Código Civil, porque de tais situações contrapostas, a intolerância vem evidenciar ou provocar a quebra dos deveres familiares ali expressos.⁴¹

A ideia de tolerância como valor jurídico, nos remete a refletir, sobretudo, o seu emprego eficaz como instrumento de estabilidade familiar. Há de se pensar, por isso como “aporte de segurança” ao equilíbrio de convivência e como mecanismo indutor ao cumprimento dos demais valores sociais de proteção da família (cuidado, proteção, respeito).

Neste considerando, justifica-se chamar, em prioridade, ao direito aplicado, a incidência da responsabilidade civil nas relações de família.

Dentro de tal premissa, importa dizer de logo:

(i) No Supremo Tribunal Federal – STF, a sua Secretaria de Documentação destina-se a preservar cerca de 300 mil processos judiciais que representam os 215 anos da história da Corte Maior e da história do Judiciário do país. Dentre eles, está o Processo de Justificação de Sevícias n. 52, de 1815, quando a Corte ainda era a Casa de Suplicação.

No processo, a mulher pedia a separação em face de maus-tratos do marido, tendo o juiz do caso acolhido o pedido, em decisão que suscitou intensa polêmica à época. Afinal, a subordinação da esposa ao marido em direitos e obrigações era algo comum, admitindo o direito essa relação de inteira dependência.

Somente quase dois séculos depois, com o tratamento de igualdade substancial de gênero ditado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 226, parágrafo 5º.) e com o advento do novo

⁴¹ No mesmo sentido é a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, quando cogita encontrar um conceito jurídico de indignidade, extraída do procedimento indigno referido pelo parágrafo único o art. 1708 do Código Civil. Expressa: “...parece ser justo afirmar: enquanto a dignidade é um valor (e um valor intrínseco e imutável), a indignidade é uma prática (e uma prática aviltante e violenta)”. A Indignidade como causa de Escusabilidade do Dever de Alimentar, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.), Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família, São Paulo: Lumen Juris Editora, p. 161.A

Código Civil (2002), o Direito de Família consolidou, na esfera conjugal, a regulação de relações jurídicas paritárias, em pres-tígio de uma unidade familiar mais digna e harmônica.

(ii) Nada obstante, o direito sempre experimentou buscar evolução no tema de maus-tratos (físicos ou morais), em superação contínua do poder marital.

Exemplo edificante foi o voto (vencido) do desembargador Athos Gusmão Carneiro (depois Ministro do Superior Tribunal de Justiça), ao admitir, pela vez primeira, possível a indenização (art. 159, Código Civil de 1916) por sevícias e injúrias cometidas por ex-marido, já reconhecidas em sentença de desquite litigioso.⁴²

Esse voto-paradigma constitui a sede pioneira da jurisprudência em torno da reparação civil nas relações conjugais (ou convivenciais).

O tema da responsabilização civil familiar, a partir daí, ganhou maior dimensão, a construir uma erudita e avançada doutrina e, lado outro, aguda exegese da lei, em admissão do dever de indenizar, em casos que tais. Despontam na doutrina, os estudos precursores de MÁRIO MOACIR PORTO, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, INÁCIO DE CARVALHO, entre outros.⁴³

⁴² Ver Acórdão em Revista dos Tribunais n. 560, junho de 1982, pp. 178-186. No caso julgado, teve-se por improcedente a ação indenizatória, porquanto o fundamento foi o de que a postulante não fizera prova dos danos que alegara, ou mais precisamente, da ocorrência de prejuízo patrimonial que teria resultado das sevícias e injúrias, não se admitindo, em rigor, o dano exclusivamente moral. A respeito de tal julgado, Mário Moacir Porto chega a ponderar: “o réu, cônjuge delinquente, poderia demonstrar, na ação de indenização, que bater em sua mulher e ofendê-la em sua dignidade nenhum “dano” lhe causara?” (in *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora RT, 1989, 1ª; ed., p. 75).

⁴³ a) PORTO, Mário Moacir. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora RT, 1989, 1ª; ed., 187 p. O autor, tratando da Responsabilidade civil entre marido e mulher (Cap. 8), expressa: “Entre nós, uma ação de responsabilidade civil entre cônjuges desavindos ainda soa como algo estranho ou inusitado. Mas não há, ao que parece, nada que se oponha ao procedimento, sendo de acrescentar-se que o art. 5º, caput, c/c o art. 19 da lei do Divórcio são, a rigor, desdobramentos do artigo 159 do Código Civil (obra cit., p. 70) (Código Civil de 1916, art. 159: Aquele que, por ação

Em Portugal, cita-se ÂNGELA CRISTINA DA SILVA CERDEIRA.⁴⁴

O direito estrangeiro, mais avançado, de há muito vem consagrando o entendimento da responsabilização civil por maus-tratos, a tanto que uma lei francesa de 02.04.1941, deixou assente que independente de outras reparações devidas pelos cônjuges contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio, perdas e danos pelo prejuízo material ou moral lhe causado pela dissolução do casamento. E, no ponto, o artigo 266 da Lei de Divórcio, na França (de 11.07.1975) repete a mesma previsão legal.⁴⁵ Danos materiais e emergentes estão, todavia, na maio-

ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano). E pontifica: “A pensão pelo juiz fixada em favor do ex-consorte inocente expressa, simplesmente, uma indenização pela ruptura temporã e maliciosa da sociedade conjugal. Não indeniza outros prejuízos que o cônjuge tenha sofrido em consequência do comportamento reprovável do outro cônjuge. (obra cit., p. 63); b) SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Reparação civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, 1ª. ed., 197 p.; c) CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*; Curitiba: Editora Juruá, 2002, 573 p. Mais recentemente: a) CASTELO BRANCO, Bernardo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2006, 221 p.; b) ALVES, Jones Figueirêdo. *Abuso de Direito no Direito de família*, in *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo, IOB Thompson, 2006, 922 p.; c) LOBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias Contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, in “*Família e Responsabilidade*”, Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 11-27; d) FARIAS, Cristiano Chaves de. *Variações do Abuso do Direito na Relações de Família: o Venire Contra Factum Proprium, a Supressio/Surrectio, o Duty to Mngate the Loss e a Violação positiva do Contrato*, in “*Família e Responsabilidade*”, Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 199-221; MADALENO, Rolf. *Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios*, in “*Família e Responsabilidade*”, Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 473-497; c) CARIM, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 311 p..

⁴⁴ CERDEIRA. Ângela Cristina da Silva. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si*. Coimbra (PT): Editora Coimbra, 2000, 189 p.

⁴⁵ “Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait à son conjoint.”

ria dos casos, alcançados pela denominada prestação compensatória (art. 270 do Código Civil francês).

Aliás, o direito estrangeiro chega a distinguir a indenização pela dissolução do casamento (como a prevista no artigo 1.792º do Código Civil português) da outra indenização, diferente, a que é devida nos termos gerais de responsabilidade pelos fundamentos dessa dissolução. Nesta última, os maus-tratos, por exemplo.

Em nosso país, a legislação nada distingue, porque nada prevê no tema, deixando a cláusula geral do art. 186 do novo Código Civil aberta para o exame das situações concretas. A jurisprudência de juízes e tribunais vem cuidando, portanto, de constituir um novo modelo de reparabilidade.

Desse modo, ainda na vigência do antigo Código Civil, de 1916, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assim se pronunciou: O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação (STJ, 3ª. Turma, REsp. n. 37051/SP, 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 17.04.2001).

Recente decisão do mesmo tribunal de admitir a suspensão condicional do processo - e com tal efeito, a reparação penal aplicável – ainda que se tratando de crimes cogitados pela Lei Maria da Penha, não intervém ou interimplica com as de esfera civil, em reparabilidade de aplicação imediata.

Resulta uma certeza: a decisão primeva do processo de 1815, distando quase dois séculos, haverá por certo de inspirar sempre uma legislação mais avançada.

§ 4.1. INTOLERÂNCIA DE GÊNERO

Uma cultura assimétrica nas relações de gênero, entre homem e mulher, onde o primeiro pretende ou julga ocupar

uma posição primacial, tem servido para fomentar uma intolerância de gênero, no sentido de um exercício de dominação.⁴⁶

Essa linha de pretensão dominante, a de apoderamento da relação, pelo homem, tem estimulado a intolerância, a partir da rejeição de paridade substancial ao estado de identidade da mulher⁴⁷, com os consequentes atos de negação de partilha do poder (seja social, familiar, econômico), de tal sorte a determinar pelo desequilíbrio sustentado, as ações de violência de gênero.

No caso, negar identidade própria à mulher, nomeadamente nas relações de família, servindo de sustentação à dominação do homem, tem caracterizado, à guisa da desigualdade provocada e do discurso antefeminista e antisocializante, as condições naturais para a perpetração de atitudes violentas, extraíndo-se delas a intolerância subjacente.

Esta vitimização da mulher por suposta autoridade marital é inibida pela legislação que “estabeleceu tratamento equivalente à mulher e ao marido”, em condições de igualdade no casamento⁴⁸ ou nas relações de convivência.⁴⁹ Entretanto, tem

⁴⁶ Em análise de indicadores econômicos e sociais tem sido afirmado que “de todas as desigualdades do desenvolvimento humano a mais flagrante é a que diz respeito aos dois sexos”, in *Human Development Report*, 1992, Nova Iorque, UNDP, 1992, p. 102, apud Ana Vicente. Antifeminismo, a resistência ao evidente, in MARUJO, Antonio; FRANCO, José Eduardo (Coord.), “Dança dos Demônios. Intolerância em Portugal”, 2009.

⁴⁷ O fenômeno mais se evidencia nos Indicadores de renda da população, com base no Coeficiente de Gini. O Brasil é, ainda, um dos mais desiguais do mundo, apresentando em 2011, um Coeficiente de Gini de 0,508, enquanto a União Europeia registrou, em média, o de 0,305 (2010). Em 2011, alguns coeficientes demonstram redução de desigualdades: Alemanha (0,290); França (0,308); Suécia (0,244). Enquanto isso, avançou-se mais na redução da desigualdade de raça que na de gênero, segundo dados do IBGE (2011), no Brasil. A mulheres ganham 73% do que ganham os homens. Em 2011, o índice era menor ainda (69%).

⁴⁸ Ana Vicente esclarece que, em Portugal, a legislação produzida a partir de 1910, ensejou mudanças significativas, definindo, então, a nova lei de família, “o casamento como um contrato entre dois iguais e a mulher já não deve obediência ao marido”, obra cit., p. 441. A propósito, em Portugal, a Constituição Republicana de 1976, veio eliminar a discriminação em função do sexo, “pelo que se seguiram revisões profundas no Código Civil, no Código Penal, nas leis do trabalho...” e a revisão

base tradicional no patriarcado, onde a idéia do uso do véu pelas mulheres está insita a um “sinal de sua inferioridade e de seu pertencimento a pais e maridos”, no dizer de PETER N. STEARNS.⁵⁰

É relevante anotar que o fenômeno familiar da sociedade conjugal na sua infinita variedade de atos abusivos, tem o seu núcleo na influência ainda verificável de pretender o cônjuge varão conferir à mulher um estatuto de subordinação dentro da família, indiferente à igualdade substancial dos cônjuges, onde conforme a dicção constitucional do art. 226 § 5º, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A violência doméstica, física ou moral, com vitimização da mulher, as agressões sexuais intrafamiliares, e o personalíssimo exarcebado do ex-cabeça de casal, são intrinsecamente fatos severos de contradição entre a realidade e os novos paradigmas do direito familiar.

Abolida a direção da família pelo marido,⁵¹ o avanço legislativo não foi suficiente a inibir, no mesmo passo, as evidências de práticas abusivas, sobretudo no que concerne à administração patrimonial, com liberalidades não autorizadas pelo outro cônjuge ou manobras fraudatórias⁵², tendo como

constitucional de 1997 considera ser tarefa fundamental do Estado “promover a igualdade entre homens e mulheres”, obra cit., p. 443. O Código Civil português, de 1967, no art. 1.674, imputava ao marido a chefia da família, “...competindo-lhe nessa qualidade representa-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum”, enquanto que, como pai, detinha no poder familiar, poderes especiais (CCpt., art. 1.881).

⁴⁹ O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), tratando da união estável, reconhecia como entidade familiar, estabelece no seu art. 1.724 que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

⁵⁰ STEARNS, Peter N. História das Relações de Gênero. São Paulo: Contexto, 2007, p. 33.

⁵¹ O direito de fixação do domicílio conjugal, dispondo o art. 1.569 do CCBR, pela escolha conjunta desse domicílio, é sinalagmático.

⁵² Recolhe-se interessante caso, a exemplificar abuso: fazendo uso de mandato de autorização genérica de administração dos bens do casal, para a prática dos mais

origem subjacente, a ideia de dominação.

§ 4.2. EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes de ilicitude encontram-se no catálogo natural das exceções ao princípio *nemine laedere*⁵³ A ressalva feita por Savatier tem sido conhecida nos fundamentos que expressam institutos permissivos com motivação legítima para tornar lícita lesão a direito de outrem.⁵⁴

Assim, se atuar sem tolerância, por intolerância que se contrapõe a outrem, quando esse atuar não compreenda agir contra o direito alheio ou em seu prejuízo, circunscrita a intolerância a situações que, em concretização, não implique extrapolações dos limites naturais, não se entende como ilicitude; casos há onde o atuar intolerante, mesmo que excessivo, guarda compatibilidade lógica com as circunstâncias dos fatos.

Demais disso, tem-se como excludente o caso fortuito ou força maior, sem distinção dos efeitos, a teor do art. 393 do CCbr.; a culpa determinante e exclusiva do ofendido intolerado e a intolerância aparente importando a não tolerância manifesta, quando na hipótese razões subjacentes a excluem da ilicitude.

Sublinha-se, outrossim, a concorrência culposa da vítima, com indenização em linha de conta com a gravidade de sua culpa, em confronto com a do autor intolerante (autor do dano), para efeito da diminuição da responsabilidade, consoante o

diversos atos jurídicos, com amplos, gerais e ilimitados poderes, especiais e expressos, para gerir e administrar todos os bens, negócios, direitos e interesses da outorgante e do casal, o marido efetuou doações para sua mãe e irmão, vindo o STJ no Recurso Especial nº 503.675, declarar nulas as doações, por não conter o mandato o requisito da especialidade na indicação da coisa a ser doada e de seu beneficiário, não concebendo, suficiente, o “*animus donandi*” indeterminado.

⁵³ “Não prejudicar ninguém”.

⁵⁴ Situam-se, conforme o jurista francês, no direito de concorrência, no direito de defesa e estado de necessidade, no direito de abstenção, ou ainda no direito de expressão.

disposto no art. 945 do CCbr.⁵⁵ A esse respeito, a doutrina tem sustentado que o preceito normativo não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.

§ 4.2.1. A “CHAUDE-COLLE”

A intemperança verbal que resulta de intolerância manifesta, quando proferida em momento de exaltação de ânimos há de ser compreendida nos seus limites próprios, não produzindo efeitos jurídicos.

Com efeito, o casal que discute por intolerância mútua ou de um dos parceiros, circunstancialmente, não empreende ação característica que se traduza em fato jurídico, relevante que seja para a tificação de ilícito civil de intolerância. Tenha-se, por certo, causa excludente de ilicitude, essa situação fática, onde eventuais intolerâncias devam ser creditadas à exarcebção emocional.

Diz-se “*chaude-colle*”, o primeiro momento de raiva, perto de raiva quente, o “*calore iracundia*”, expressão antiga⁵⁶ que muito pode afirmar a respeito de uma excludente de ilicitude. No entanto, esta espécie de exceção ganha também seus limites.

§ 4.2.2. REPULSA IMEDIATA

⁵⁵ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁵⁶ “...expressão que é muito antiga, é usada em duas seções do costume de Senlis, ou seja, na seção 110 meios de vigilantes - sabe de quem deu golpes orbs (que é - para - digamos, sem derramamento de sangue ou ferida aberta) de água quente - cola, tutesois levar ouro, prata, ou o que foi prometido e sem deliberação, não saber préccogité. Veja também a seção 96 o mesmo costume. Bouteiller, em sua soma rural liv. II. tit. xxxij. p. 832. Lig. 38. Stylus Parlamenti, mão. I. capa. xxxj. As leis da advoué Robert de Bethune, abade de St. Amand, publicado pela Lindanus em sua hist. de Terremonde, lib. III. c. ij. pag. 145. art. 2. Lauriere, glossário, a palavra quente - cola (A)”

Em algumas situações concretas, tem-se que a repulsa imediata a uma provocação, injusta, mesmo que esta promova a retroversão com intolerância exarcebada, pode implicar em excludente da ilicitude, à medida que, à semelhança da “*chaude-colle*”, guarda circunstâncias fáticas bem precisas.

A rigor, importa em exercício arbitrário das próprias razões, ou de um regular exercício do direito de não tolerar, em provisão da repulsa, onde deve ser mensurada, na hipótese, a estrutura nuclear do tipo de intolerância verificada e que deve ser avaliada, para os fins de se apresentar como excludente.

Nos casos comuns, o exercício normal da intolerância é o escopo para a não ilicitude. O seu exercício anormal, todavia, cuja ilicitude se extrai dos mesmos parâmetros traçados no artigo 334º do Código Civil português e no art. 187 do Código Civil brasileiro, quanto ao Abuso de Direito, no dizer que “*o abuso está no seu uso anormal*” (SALEILLES), pode deixar de se antagonizar com a ordem jurídica, quando a ele concorreu a outra parte.

O que torna, portanto, evidente que a não ilicitude material estará identificada quando no tipo casuístico de uma ação de repulsa imediata, servindo de excludente.

CAPÍTULO III. APLICAÇÕES TÓPICAS DA ILICITUDE DA INTOLERÂNCIA EM FAMÍLIA

Sumário: §1. Relações conjugais ou convivenciais. § 1.1. A cláusula geral de comunhão plena de vida. §1.2. Tutela preventiva interdital da intolerância. §1.3. A intolerância do abandono. §1.4. A intolerância da sonegação. §1.5. A intolerância como injúria grave. §1.6. Os estorvos da visitação. §1.7. A Alienação Parental. §2. Relações paterno-filiais. §2.1. Intolerância e Punição. §2.2. A Intolerância do rompimento. §2.3. A Intolerância do incumprimento alimentar. §2.3. §2.4. As interdições afetivas. §2.4.1. A Intolerância por omissão de afeto. O Caso

Eça de Queiroz. . §2.4.2. O Abandono Afetivo. §2.5. As interdições de autoridade. §2.5.1. A emancipação controvertida sob a esfera da intolerância. §2.5.2. A falta de suprimento ao casamento. §3. Relações parentais. §3.1. A intolerância etária.

Em uma perspectivização ampla pode-se tri-partir o abuso da intolerância, em direito de família, (i) nas relações conjugais convivenciais; (ii) no exercício do poder familiar, primacialmente, entre os próprios pais detentores do poder e noutra vertente, em face dos filhos; e afinal, (iii) diante da comunidade parental.

§ 1. RELAÇÕES CONJUGAIS OU CONVIVENCIAIS

Assinalam NOGUEIRA DA GAMA e HELEN ORLEANS:

“O art. 1.511 do Código Civil, ao prever a comunhão plena de vida no ordenamento, na realidade, identificou e criou uma cláusula geral de tutela da pessoa humana relacionada ao projeto de família das pessoas que dela participaram. Tal cláusula – necessariamente aberta em razão da sua natureza – consiste na noção de estímulo à constituição de relações afetivas e solidárias, com a observância de respeito entre os cônjuges (ou companheiros) e preservação da dignidade das pessoas que integram uma entidade familiar”.⁵⁷

De efeito, a cláusula geral reportada⁵⁸ indica uma vida atitudinal capaz e suficiente de garantir, com responsabilidade, a comunhão plena do casal humano, nas suas relações em família, entre si e, porque não dizer, inclusive perante os demais protagonistas da entidade familiar constituída, estes últimos em

⁵⁷ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon e LIMA ORLEANS, Helen Cristina Leite de. Responsabilidade Civil nas Relações Familiares, in Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões, vol. 24, Out./Nov. 2011; Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte; IBDFAM, p. 88.

⁵⁸ Artigo 1.511. O casamento estabelece *comunhão plena de vida*, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (g.n.)

função da parentalidade subjacente e integrantes da família como um todo⁵⁹. Insere-se esta cláusula, para além do jurídico, em preceitos éticos.⁶⁰

A cláusula está a exigir, em sua implementação e eficiência, uma tutela jurisdicional especializada, e por cuidar da valorização da dignidade da família em seu contexto maior, sobretudo como exercício de cidadania, envolve uma “práxis” de justiça transformadora. Ou seja, a sua aplicação implica, antes de mais, uma nova cultura de desenvolvimento ético, consolidando valores de solidariedade familiar.

É de extrema relevância para a compreensão e efetividade da cláusula, dela aferir, ”a contrario sensu”, que uma eventual desconstituição de relações afetivas ou de relações solidárias, malferindo a comunhão plena de vida, tem como escopo a prática de atos de intolerância, comprometedores da cláusula de comunhão plena.

Não é possível deixar de cogitar que a cláusula geral, com o conseqüente projeto de vida familiar, como “cartilha aberta”, perpassa as relações conjugais (ou relações convencionais das uniões de fato), as relações paterno-filiais e as relações interfraternais, como relações funcionais de comunhão plena, tudo a revelar que elas constituem, por sua natureza específica, fatos jurídicos relevantes. Assim, necessário se faz ponderar acerca do comportamento relacional existente, para os

⁵⁹ É que o art. 1.513 do CCbr, a seu turno, estabelece: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir *na comunhão plena de vida instituída pela família*. (g.n.). Em ser assim, entenda-se a “cláusula de comunhão plena”, não apenas instituída pelo casamento, mas instituída pela família existente. Família reconhecida como “concentração interior”, “abrigo”, “stegos”, ou seja, a comunidade de integração da vida pessoal do casal e dos demais entes familiares experimenta ou deve experimentar uma comunhão plena de vida.

⁶⁰ Pesquisa nacional para identificar iniciativas que facilitem uma convivência responsável nas relações sócio-familiares foi desenvolvida (2005) pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. O projeto denominou-se “A ética da convivência: família, infância, juventude e o idoso”. Debateu no âmbito jurídico e interdisciplinar as conquistas decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente e do recente Estatuto do Idoso.

fins do suprimento da cláusula, com as manifestações de afeto e de solidariedade cabíveis, sem a quebra imotivada, no plano fático, dos vínculos de tais relações.

Mais das vezes, aspectos existenciais das relações, são comprometidos por atos de mera intolerância que, a depender de suas consequências de afetação de categorias jurídicas familiares (v.g. deveres conjugais, deveres parentais, exercício do poder familiar, ⁶¹), podem resultar sujeitos à responsabilização civil.

Na verdade, a cláusula de comunhão plena constitui tutela de valores existenciais, a que se submetem, implicitamente, os pares e os familiares, de tal sorte a representar direito-dever, ou seja, nela identifica-se a garantia da solidez familiar nas suas relações de existência, cumprindo a todos o dever jurídico de zelo e consistência. Não significa dizer que a família instituída submete-se a uma comunhão plena de vida compulsória, porque, muito ao revés, esta comunhão afigura-se inerente à própria formação da família constituída. No entanto, coerentemente com a cláusula, atos nocivos a ela, condutores de repercussão decisiva à quebra de tal comunhão, configuram, expressamente, dano jurídico decorrente. Segue-se, daí, a discutida fórmula de “parentalidade responsável”, envolvendo pai e mãe responsáveis e responsabilizados, e mais ainda, em igual alcance, os demais atores da cena familiar.⁶²

Em outra vertente, impende considerar, perante a juridi-

⁶¹ Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 1/4/2004), por sua 7ª Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais decorrentes do abandono paterno. Eis a ementa: "Indenização danos morais - Relação paterno-filial - Princípio da dignidade da pessoa humana - Princípio da afetividade: A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana."

⁶² Para efeito de responsabilidade civil, os atos de intolerância deverão ser aqueles cuja conduta seja capaz de ofensa direta à dignidade da vítima, com violação de um dos seus corolários: liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade social. Neste sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

cidade da intolerância como ilícito, que a família faz exigir inteira capacidade de adaptação à convivência tolerante com todos os seus integrantes, pela diversidade dos tipos de personalidade dos que a formam, de temperamentos e até de perfis culturais ou econômicos diferentes, importando que cada um dos membros enxergue o outro, na individualidade que lhes pertencem, como tarefa sentimental impostergável e, mais que isso, também portadora de efeitos jurídicos, positivos ou negativos, ante a circunstância de, a depender da natureza de tais efeitos admitidos, produzir benefícios ou malefícios nas complexas relações intersubjetivas existentes.

Nessa linha, o sociólogo Gliedson Alves sustenta:⁶³

“Pode-se afirmar que a família é a primeira instituição social formadora do indivíduo. Não é necessário esforço para perceber que até mesmo dentro do próprio seio familiar os indivíduos apresentam diferentes tipos de personalidade. Quando se extrapola esse universo estas diferenças são ampliadas, exigindo maior capacidade/desejo de adaptação á convivência com a diversidade. Sendo assim, a família estaria diante do desafio de iniciar a construção de uma sociedade pautada no respeito às diferenças como norte para o surgimento de uma cultura de paz nas relações cotidianas. Uma sociedade formada por indivíduos que compreendam os desejos e os limites dos que a compõe, que esse enxerguem como parte dessa complexidade e que estejam dispostos ao diálogo com tal diversidade de situações buscando entende-la melhor antes de negá-la ou mesmo agredi-la. Mas será que a família vem atuando no sentido de mostrar para seus membros que é importante olhar para o outro e ver além dos “pré-conceitos” ou limita-se a pré-conceber um mundo construído nos desejos internos dos “chefes” de família, vindo a fortalecer um olhar rasteiro e preconceituoso do mundo?”

⁶³ Alves, Gliedson. O papel da família no mundo complexo, in Diário de Pernambuco, 05.10.2012, p. A13;

De fato, esta é a questão que se sobrepõe relevante para o tema.

A relação do casamento (ou da união estável, união de facto) é uma relação unguida sob o princípio da confiança e sob o dever do respeito.

Com acerto, afirma TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA⁶⁴ que:

“Analisando o casamento como uma relação de confiança, deve tal princípio ser aplicado como nos negócios de confiança em geral (*uberrimae fidei* ou *the utmost good faith*): a autonomia negocial encontra limites na proteção das expectativas do outro, que se amparam na exigência de atendimento aos deveres conjugais e interesses da família’.

Sob este sistema de confiança, conforme os ditames da boa-fé, aqui de logo admitida para os devidos fins como instituto jurídico, ante a especial relação havida entre os cônjuges,

“devem eles pautar-se por dois comportamentos fundamentais, reclamados caracteristicamente nos negócios de confiança: um amplo *dever de informar* (*duty of disclosure*) e um procedimento de máxima correção, de diligência e lealdade, que a relação, pela sua natureza exige.⁶⁵

Pois bem: por semelhança de razões, as mesmas diretivas que embasam a quebra de confiança, no efeito do comprometimento das relações patrimoniais de família, como causalidade suficiente de reparação civil; servem, aqui, a ilustrar a insurgência reparatória, o igualmente necessário procedimento de máxima correção, em termos de relações existenciais.

Por este sentir, cuide-se que a intolerância desmedida, tende ao desequilíbrio imediato das relações de existência conjugal/convivencial, como *ratio* de sua ruptura absoluta, *práxis* lesante ao nível do próprio desfazimento da sociedade conju-

⁶⁴ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Proteção da Confiança no Direito Patrimonial do Casamento, in “Família e Responsabilidade”, Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 511-521.

⁶⁵ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, idem, p. 519.

gal ou da união estável, a tanto merecer reclamo reparatório na ordem jurídica.

§ 1.1. TUTELA PREVENTIVA INTERDITAL DA INTOLERÂNCIA

Havida a intolerância como ilícito civil, capaz de perpetrar danos imensuráveis, com lesões diversas, impende considerar uma primeira perspectiva, a da tutela preventiva interdital, capaz de sugerir medidas profiláticas, em frustração dos atos lesivos, inibindo, enfim, a violação do direito.

Uma nova técnica de tutela, instrumental, regulatória, firma-se no cenário da intolerância ilícita familiar, ditada pela ordem jurídica, configurando tutela preventiva no espectro dos danos familiares causados por intolerância desmedida, como adiante, casuisticamente, anota-se.

Nesse contexto, BRAGA NETTO afirma:

“Os ilícitos civis, tradicionalmente, foram encarados sob uma perspectiva repressiva, posterior à lesão ocorrida. Aquele que violasse direito alheio, causando-lhe dano, ficaria obrigado a indenizar os prejuízos havidos. Assim, só haveria espaço para cogitar de ilícito civil após a ocorrência do ato repudiado ilícito.

Atualmente, inverte-se, progressivamente, o prisma de análise. O ilícito passa a contar com uma nova dimensão, que é a dimensão prospectiva, com fecundas possibilidades normativas, porquanto se descortina um leque instrumental desconhecido para os padrões clássicos, que só atuavam após a verificação por assim dizer física do ato violador.”⁶⁶ ~

De fato, a tutela preventiva oferece amplas possibilidades ao “pronto resguardo do direito ameaçado de ser violado, sem

⁶⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos Ilícitos Civis. Belo Horizonte; Editora Del Rey, 2003, 136 p.; p.17.

precisar esperar a agressão.”⁶⁷

Bem é certo que o caráter interdital da tutela preventiva que outorga uma determinada proteção jurídica, ganha uma nova dimensão extraordinária, desde a sua fonte romana no berço das origens em proteção da posse.⁶⁸

A atividade protetiva, na sua natureza preventiva, em modalidade nova, comete no direito de família, uma instrumentalidade atraente e criadora, pela ativização judiciária, capaz de accertamentos impeditivos de a intolerância vir a concretizar resultados mais gravosos.

Efetivamente, uma tutela preventiva oportuna-se com instrumentos de ordem judicial, em manejo de impedir danos familiares que a intolerância poderá trazer, em sede de ilícito civil.

Na gênese de fatos conflituosos, a ordem jurídica engendra tutelas de prevenção que valem pelo que evitam de situações concretas da intolerância ilícita, nas relações de família.

Medidas inúmeras podem ser adotadas, no âmbito da tutela interdital da intolerância. Uma imersão na Lei nº 11.340/2006 (Lei de Violência Doméstica), demonstra o endereçamento protetivo na adoção de medidas liminares, em amplo rol de cautelaridade. Precipuamente, aponta-se, em termos práticos, o emprego de poder de *imperium* em sistema coercitivo, pelo qual o magistrado aplica medidas de segurança, de repressão ou de inibição, alinhadas como típicas do art. 22, que obrigam o agressor, ou ainda, atípicas, conforme o caso.

⁶⁷ Idem, p. 18. Nesse sentido, situam-se exemplos significantes no direito privado, com os institutos do interdito proibitório e da nunciação de obra nova (no âmbito do direito das coisas, que protegem a posse e a propriedade), de medidas protetivas aos direitos da personalidade, com “providências necessárias” para impedir ato contrário à violação da vida privada (artigo 21, CCbr), etc.

⁶⁸ “Interdictorum disciplina in solis nudisque possessionis quaestionibus non consumitur sed [videtur] latíssimos, amplíssimos que esse} regni sui fines”. (“A disciplina dos interditos não se restringe somente às suas questões da posse, mas são latíssimos e amplíssimos os limites de seu reino”).

§ 1.2. A INTOLERÂNCIA DO ABANDONO

Segue-se outra configuração de ilicitude, a do abandono.

É certo que a perda da moradia apresenta-se como consequência da partilha dos bens, em decorrência inafastável do próprio divórcio; retirando de um ou de outro, sobre o imóvel comum e único, um direito real de habitação, como que na moldura do art. 1.831 do Código Civil brasileiro.

Caso, porém, exige pensar quando a ruptura da vida conjugal tenha, na hipótese, como causa eficiente, decisiva e exclusiva, as sevícias, injúrias graves, ou danos físicos e outros malefícios cometidos por um dos cônjuges; situações, de regra, decorrentes da intolerância familiar.

Também será consequência inexorável, então, nos termos da lei, que o cônjuge ofensor e agente dos danos compareça na separação com o mesmo direito de meação e, noutro passo imediato, o imóvel único, insuscetível de divisão cômoda, restará objeto da partilha, deixando de servir de moradia ao outro cônjuge. Êste, o problema.

O abandono do lar desmotivado, por razões de intolerância conflituosa, capaz de gerar danos existenciais, serviu de lastro para um acórdão paradigmático que provocou a perda da meação pelo abandonante e intolerante, nos efeitos de uma compensação civil. Vejamos:

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a determinação de partilha do imóvel do casal, reconhecendo que o abandono de casa, por tempo prolongado, pelo marido, que desviou, inclusive, capitais da família, retire o direito de dispor da meação. O Tribunal confrontou o valor do bem com o cálculo do sustento que foi negado à mulher e aos filhos e reconheceu que estes seriam os credores. O imóvel foi adjudicado à mulher. (TJRS-8ª. CC., Apel. Cível n 70.008.985.236, Rel. Des. Rui Portanova).

Imagina-se, portanto, em casos que tais, questão a mere-

cer maior atenção do direito de família e de seus operadores, à medida que não se deva penalizar a família (mãe e filhos), quando o marido e pai, deserta dos seus deveres conjugais/parentais e, ao depois, pretenda obter a meação do patrimônio. Teria ele crédito pessoal, se não tivesse nenhum débito pendente, moral e financeiro.

Em linha geral, quando cogita-se, agora, na proposta do novo Código de Processo Civil, um cadastro negativo do devedor de pensão de alimentos, em base de dados, anote-se, de logo, que este cadastro deverá, sim, ser mantido, com os valores atualizados e corrigidos das dívidas alimentares, para eventual subtração do “*quantum*” da meação patrimonial.

Isto porque, relembra-se, deve-se considerar que a imposição judicial de prestação alimentos envolve uma hipoteca judiciária.

Pouco empregada, na prática forense, a hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do Código de Processo Civil, tem a finalidade de garantir o cumprimento das decisões judiciais.

A norma dispõe que a sentença que condenar alguém no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição, no registro imobiliário, será ordenada pelo juiz. Significa assegurar a plena aplicação da sentença, mediante prévia garantia a uma eventual execução, com a hipoteca sobre bens do devedor.

Lado outro, também deve ser levado em conta e à conta, eventuais reparações civis, por quaisquer danos existenciais causados aos filhos e ao cônjuge, à falta de assistência material e afetiva, ou por causação culposa extrema da separação.

Bem porisso, doutrina e decisões judiciais tem prestado relevância jurídica ao tema da dispensa ou perda da meação, em conformidade dos atos gravosos daquele quando, em hipótese, reclama-la.

Não, sem propósito, surgiu a Lei nº 12.424/2011, de 16

de junho, quando assim determina: “Aquele que abandonar o lar, deixando o cônjuge ou companheiro(a) na posse direta e exclusiva da moradia do casal, perderá a co-titularidade domínial do imóvel urbano em favor do outro, que ao cabo de dois anos da separação adquirirá o domínio integral do bem”.

O objetivo do novo instituto é o de garantir ao cônjuge o direito de continuar residindo no imóvel, “desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”, tal como sucede no art. 1.831, CC, que refere a único imóvel de natureza familiar a inventariar.

De tudo se extrai que a moradia, como direito constitucional, deve ser preservada, sempre que sua perda implique prejuízo direto e objetivo àquele cônjuge ou companheiro, cuja ruptura da vida em comum com o outro, tenha sido por este último provocada, com ilicitude civil geratriz de uma obrigação de indenizar. Não se pode afastar, no caso, a aferição da causação culposa.

Aliás, a culpa, em sua construção na sistemática da ilicitude civil no direito português, é tratada pelo art. 487º do Código Civil. Atribui-se ao lesado provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção de culpa.

Interessante é notar que o critério geral para a apreciação da culpa situa-se pela denominada “diligência de um bom pai de família”, como aponta o n. 2 do citado artigo, referência clássica como modelo paradigmático de zelo e cuidado.

Portanto, nos casos de deserção do lar, com afastamento imotivado, há de presumir-se a culpa, notadamente quando o provedor da família, ausente, deixa de prove-la. Estes parâmetros estão a indicar, com pertinência, convenientes razões de direito para configurar a perda da moradia, nos fins da Lei nº 12.424/2011, e nos casos que couber. Quem perde a moradia é quem dela, com culpa, se afasta ou a perde quem deva à família mais que o próprio teto, o teto do amparo.

Disso resulta entender, a esta altura da previsão legal, tra-

tar-se a perda da moradia, de um novo instituto jurídico, sob o inteiro controle judicial. Instituto em expressão da dignidade de família.

No caso, a intolerância familiar (causa mediata), da qual resulta o abandono (situação imediata), adquire nesse plano, efeitos jurídicos de extremada valia, dado a eventual responsabilização civil cabível na espécie.

§ 1.3. A INTOLERÂNCIA DA SONEGAÇÃO

Alinha-se, em seguida, outro elemento determinante de configuração da ilicitude da intolerância, ainda no plano das relações conjugais/convivenciais.

Foi uma lei francesa, de 1972, que pela primeira vez, frente a um direito de filiação pautado pela legitimidade dos filhos (em face dos não legítimos), que proclamou a verdade biológica como imperativo de dignidade da pessoa no tocante à sua origem genética.

Desde então, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos tornou-se odiosa, porquanto discriminatória, fazendo-se ponderar que a biologização buscada do pai importava, antes de mais, na necessária certeza da identidade paterna, em definição do verdadeiro estado de filiação.

A referida lei (03.01.1972) alterava o texto do artigo 318 do Código Civil francês, dispondo-lhe nova redação, com um significativo avanço:

“Mesmo na ausência de negação, a mãe poderá contestar a paternidade do marido, mas somente com finalidade de legitimação, quando ela tiver, após dissolução do casamento, casado de novo com o *verdadeiro* pai da criança.”

Em menos palavras, o estatuto de filho emanava, em primeiro, de uma concepção substancialmente genética, no efeito de identificação do genitor biológico. Bem de ver, no

ponto, que tudo isso aconteceu muito antes da dominação das técnicas de impressão genética (DNA).

No resumo, essa dimensão biológica repousava e repousa como principal garante da filiação, a dizer que o conhecimento da paternidade implica, sim, o vínculo jurídico de uma impositergável responsabilidade parental. Embora, admita-se que, essa responsabilidade possa ser excepcionada, nos casos de novas técnicas de filiação, a saber da técnica jurídica (adoção) e da técnica biomédica (inseminação artificial com doador), importando ruptura do vínculo biológico com o vínculo jurídico.

Pois bem. Certo que genitor e pai não se confundem - este último reconhecido na paternidade exercida pelo afeto e aquele unicamente resultado de um suporte genético - claro se percebe, daí, que a busca do genitor implica produzir o pai na dimensão da verdade biológica da origem do filho.

Então, se antes de reconhecer o filho, para todos os fins de direito, impende ao genitor conhecer, ele próprio, acerca da paternidade que é-lhe atribuída ao filho nascido, isto significa admitir relevância jurídica aos fatos seguintes:

(i) É fundamental que o genitor tenha conhecimento da paternidade em relação ao filho, para que lhe sejam impostas as responsabilidades parentais;

(ii) O conhecimento da paternidade que não alcança o reconhecimento da filiação, pelo genitor, implica desídia manifesta, em desproveito do filho, caracterizando abandono material;

(iii) O genitor que nega-se a exercer a paternidade, em assunção de sua qualidade de pai, declina do poder parental sobre o qual não lhe cabe renúncia.

(iv) O abandono afetivo é, em primeiro tempo, o descumprimento pelo genitor de suas responsabilidades parentais, e como tal havido como verdadeira negação da condição de pai, que lhe cumpre exercer, em benefício da formação do

filho, assegurando-lhe a devida assistência material.

Cabe lembrar que o abandono afetivo, quando apreciado pela vez primeira, em julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 757.411) não foi admitido como ilícito indenizável, seguindo-se, entretanto, recente decisão (REsp. nº 1.159.242) que o compreendeu como falta de exação de dever parental no atinente às obrigações de cuidar e de assistir o filho.

É nessa linha de entendimento que cumpre também observar inúmeras ocorrências do não exercício da paternidade pelo genitor, em decorrência exclusiva de paternidade sonegada. Ou seja, quando este não desempenha a paternidade unicamente em face de sua insciência a respeito da existência do filho.

Nestes casos, por atos de emulação, intolerância odiosa e vindita, a mãe, uma vez abandonada pelo marido ou companheiro, sonega ao genitor o nascimento do filho, impedindo-lhe de exercer a paternidade. E, nessa consequência, negando ao filho o direito ao pai.

Cumpra, portanto, colocar uma nova premissa de base na questão posta a exame.

Vejamos:

Em inúmeros procedimentos de averiguação oficiosa da paternidade, a genitora declina da obrigação de, quando levado a registro o nascimento do filho, proceder com a imputação da paternidade, ao tempo em que é exortada, pelo Oficial de Registro, a nominar o pai do registrando.

Essa omissão deliberada, deve ser considerada, como ilicitude penal, quando tal conduta concorre, iniludivelmente, para o abandono material e psicológico da criança, não provocado ou atuado pelo próprio pai mas por terceiro, responsável direto da causação do abandono, ou seja, aquela mãe que omite apontar a paternidade.

O prejuízo ao direito da verdade biológica, na hipótese, vai além do próprio direito de personalidade. Em recusando o

conhecimento do pai, coloca-se o filho em abandono material, afetivo e psicológico, preordenado pela paternidade sonegada, tema que deve ser revisitado, urgentemente, no plano penal e da responsabilidade civil.

A questão assim posta pode ser delineada, doutrinariamente, como ato de intolerância odiosa, com as consequências previstas na teoria dos danos, e sujeita a ação ilícita aos ditames da violação manifesta a ensejar reparação civil, a postura comportamental da mãe que, intolerante com o pai da criança, deixa de fazer-lhe ciente do seu nascimento.

Em bom rigor, a ocultação da paternidade constitui sonegação de estado de filiação, com prejuízo manifesto de direito inerente ao estado da pessoa, o que compreende não apenas dano à figura do pai, mas ao próprio filho privado da assistência moral e afetiva paterna.

Nesse viés, ambos são os lesados pela intolerância.

§ 1.4. A INTOLERÂNCIA COMO INJÚRIA GRAVE

É de se atentar que em determinadas situações, a intolerância pode implicar em atos de injúria grave, como decorrentes genéricas da própria intolerância manifestada nas relações familiares.

Assm, v.g., o descumprimento do dever conjugal de respeito, por injurias graves assacadas, tem como base motriz a intolerância, deflagradora das injúrias, a saber que, parece-nos inquestionável, neste sentido, ser a recusa da tolerância o elemento impulsionador que dá azo a um discurso injurioso, e, de consequencia, à gravidade verificada.

Essa intolerância apresenta-se, em face do casal, como causa culposa de separação, munido o ofensor das injúrias que comete em razão dela. Não há dúvida que, a depender do grau da intolerância a provocar as injúrias, situa-se, precisamente a desestabilização familiar como resultado eficiente da prática de

intolerância de tal gravame.

YUSSEF SAID CAHALI, com prioridade de advertência, afirma:

"Parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado".

Isso significa dizer, em menos palavras, que a intolerância atitudinal do cônjuge que corresponda, na sua exata medida, em quebra de deveres, como a do respeito e solidariedade, serve não apenas a autorizar a ruptura da sociedade conjugal (quando discutida a culpa) como caracteriza ilicitude no plano da responsabilização civil.

No particular, entenda-se que a injúria grave, como ofensa à dignidade do outro, não exige, em sua configuração, conhecimento por terceiros, a publicização dos fatos ocorrentes. Basta que o sujeito passivo da injúria tenha sido molestado, confundido ou humilhado, com a decorrência lógica de ofensa à sua dignidade, no próprio recato da intimidade do lar ou fora dele.

Uma crítica séria e grave, sob suposta livre manifestação de opinião ou pensamento, se revela muitas vezes, como se reconhece, em ato abusivo de intolerância, com injúrias à pessoa criticada, significando lesão à sua honra e dignidade.

Com esse alcance, autor de e-mails de conteúdo ultrajante, irresignado com o fato de o ex-cônjuge ter iniciado um novo relacionamento afetivo após a separação judicial, foi condenado a indenizá-la, por dano moral que se mostra *in re ipsa*..⁶⁹

⁶⁹ Acórdão (em segredo de justiça) da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. em 25.10.2012. O relator Des. Paulo Roberto Lessa Franz, afirmou ter ficado evidente que a autora da ação de indenização por danos morais foi criticada de modo excessivo. O ex-marido utilizou-se de expressões injuriosas —

Ilustra-se, com isso, a exata compreensão de a intolerância, subsumida na crítica excessiva, constituir-se, no caso, em ilicitude civil, por repercutir injúria graves suficientes a configurar o dano moral decorrente das ofensas.

§ 1.5. EMBARAÇOS AO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL

É importante considerar que o pleno exercício do poder familiar não cessa pela separação ou pelo divórcio, competindo, portanto, a ambos os pais, quanto à pessoa dos filhos menores, a titularidade comum pelo vínculo paterno (art. 1.634, CC). Não perdem o pai ou a mãe os direitos inerentes ao poder familiar, porque separados ou divorciados, do mesmo modo que não os perdem, quando contraídas novas núpcias ou estabelecida união estável (art. 1.636, CC).

Sucedo, entretanto, na guarda jurídica singular, atribuída a um dos cônjuges, por ato da separação, o principal problema, resultante de uma convivência dominante do guardião com o filho. Coloca-se o outro pai, sem a guarda, em manifesta desigualdade de exercício do seu poder familiar, este mitigado pela falta da presença mais efetiva e antes habitual.

A despeito de a regra geral conferir a guarda a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584) - cujo elemento característico corresponde ao melhor atendimento aos interesses do menor - sem que a atribuição implique, inexoravelmente, em prejuízo da relação paternal do outro, desprovido da guarda, evidencia-se, na prática, ao pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, uma redução sensível do seu poder familiar, tornando-os, em determinadas circunstâncias, figuras parentais deficitárias.

“maquiavélica”, “dissimulada”, “deslumbrada”, “desequilibrada emocionalmente” e “dupla psicopata” (referindo-se à ex-mulher e ao seu novo companheiro) —, dando motivo suficiente para gerar o abalo moral.

Não há negar tal fato, quando a lei, defere o chamado “*direito de visitação*”, a espelhar uma convivência episódica, ao invés de disciplinar a co-participação do não-convivente, em parcela objetiva do poder familiar. Isso significa uma atuação que trespassa a idéia da simples fiscalização da educação dos filhos.

O processo interativo do poder familiar de pais separados, deve representar, em última análise, uma intervenção mais ativa e presencial do pai não guardião, aproximado ao filho, na eficiência de preservar intacto e dinâmico o poder familiar em sua concepção personalista.

Cometerá ilicitude civil, portanto, o detentor da guarda que, à luz do caso concreto, invalide tais premissas, recusando ou inibindo uma maior participação do pai não guardião, ou, em evidência de maior abusividade, dificulte o exercício da visitação, sob o pálio egoístico de afastar afetivamente o filho do seu outro progenitor.

Exatamente pela disposição pessoal do guardião em não favorecer ou desestimular o interesse do menor a manter uma relação de maior proximidade com o progenitor, a quem não esteja confiado, visualiza-se a intolerância como ato ilícito, com o conseqüente abuso de direito da guarda, na prática intolerante dos estorvos à visitação.⁷⁰

DENISE DAMO COMEL⁷¹ analisa a hipótese como causa determinante do emprego do art. 1.586 do novo Código Civil, permissiva, em qualquer caso, havendo motivos graves, sempre a bem dos filhos, de o juiz poder regular de maneira diferente a situação deles para com os pais.

Essa alteração, cogitada também diante de fatos supervenientes, no caso de abuso de direito do guardião, rende ensejo a se considerar suscetível a mudança de guarda, como solução corretiva, desde que relevante a benefício do filho, quando pri-

⁷⁰ O abuso é espécie da ilicitude prevista como forma de alienação parental.

⁷¹ “Do Poder Familiar”,

vado esteja, por atitudes compulsórias, da companhia moral e afetiva do outro pai.

No entanto, cuide-se que a ativização do reportado art. 1.586 se apresenta mais compatível, por ato instantâneo da definição da guarda, a cujo implemento se faz conveniente uma melhor regulação da situação filial frente ao pai, dispondo sobre o exercício compartilhado do poder familiar, com atribuições funcionais de ambos os pais, separados como cônjuges, mas participantes permanentes em relação aos filhos.

Essa distribuição de tarefas, funções e encargos, entre os pais, colima representar, o equivalente de uma guarda compartilhada, pelo significado de realce, concreto de integração paterno-filial, em proveito do melhor desenvolvimento da formação dos filhos.

A esse respeito, depõe MARIA CLARA SOTTO MAYOR, que o legislador português reconheceu a importância do exercício compartilhado do poder paternal, que se distingue, por seus próprios fins, da guarda conjunta física, por representar uma afirmação da lei de que os pais são e continuam responsáveis pelos filhos após desfeita a união do casal e, nesse alcance, o princípio regra é o de que eles exerçam o poder de comum acordo.

Bem de ver que, em face de divergência dos pais, co-exercentes do poder familiar, a solução de desacordo é confiada ao juiz, prevista no parágrafo único do art. 1.631 do nosso Código Civil, e já constante na Reforma Civil de 1977 do direito português, pelo que a extensão do controle judicial destina-se à fase de vida corrente comum do casal, como após separados os pais.

Disso resulta entender, a esta altura de previsão legal, que a presunção de poder absoluto paternal por um dos pais, em detrimento do exercício do outro, configurará abuso de direito, dado que a solução da divergência será, necessariamente, jurisdicionalizada.

Com precisão, concluiu Sotto Mayor, tratar-se o controle judicial, uma consequência prática da igualdade dos pais e dos cônjuges relativamente à educação dos filhos.

Demonstrada se apresenta a necessidade de uma escorreita regulação do poder familiar nos casos de separação e de divórcio, em prol do exercício conjunto desse poder, não obstante desempenhado por pais após rompida a conjugalidade ou a união estável.

§ 1.7. ALIENAÇÃO PARENTAL⁷²

Ainda, na esfera da intolerância ilícita, em família, fenômeno novo se apresenta, o da alieanação parental.

A desqualificação da conduta dos pais feita por um deles, perante os filhos, denegrindo a imagem do outro genitor no interesse de prejudicar a relação afetiva paterno filial; a prática turbativa de dificultar o exercício do poder familiar pelo genitor não guardião, inclusive por falsas denúncias de maus-tratos físicos ou de abuso sexual; a omissão de informações pessoais relevantes sobre a criança por parte da mãe ou pai em relação ao outro, os embaraços provocados ao exercício do direito de visita, enfim todos estes estorvos frequentes entre os pais separados, nos termos da lei n. 12.318, de 26.08.2010, são rigorosamente punidos por se constituem em alienação parental.

Dela também cuida a legislação portuguesa, em sede de regulação das responsabilidades parentais, através da Lei nº 61/2008.

A alienação parental, na acepção de JOSÉ MANUEL AGUILAR, representa:

“distúrbio caracterizado pelo conjunto de

⁷² A síndrome de alienação parental (*parental alientation syndrome*) foi observada pelo psiquiatra norte-americano Richard Alan Gardner (1931-2003), que em 1985 cunhou a designação, tem sido ocorrência comum nos casos de separações de casais com filhos, figurando estes como vítimas de uma ilicitude civil que enseja, por parte da lei, severa disciplina e repulsa.

sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os seus vínculos com o outro progenitor, até tornar contraditória em relação ao que devia esperar-se de sua condição.⁷³”

Tal como consubstanciada pela identificação formulada por RICHARD GARDNER,⁷⁴ o processo destrutivo da imagem do outro genitor, com a manipulação adjeta do filho, é uma assunção a um comportamento ilícito de intolerância em face daquele.

Cuidam-se de atos alienadores e inescrupulosos dos próprios genitores, em prejuízo dos filhos, por práticas de intolerância em contraponto ao ex-parceiro.

Tal fenômeno é freqüente e vinculado, predominantemente, às situações de ruptura do casamento ou da união estável, onde um dos parceiros elabora, para os filhos do casal, uma visão desconstrutiva do parceiro, que gere descrédito e desafeto para a relação filial.

Os filhos são vítimas de um abuso de intolerância, onde o(a) genitor(a) alienante exarceba o regular exercício do poder familiar e lesa o direito do outro parceiro, principalmente quando aquele detém o poder de guarda dos filhos comuns.

Pela nova lei considerar-se-á ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que causa prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.⁷⁵

⁷³ AGUILLAR, José Manuel. Síndrome de Alienação Parental, Casal da Cambra, Portugal, Caleidoscópio, 2.0008, p. 32-33.

⁷⁴ O psicólogo americano cunhou a expressão “Síndrome de Alienação Parental” (SAP), em 1985.

⁷⁵ Nesse ponto, são formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos

Tais atos, caracterizados como abuso moral contra a criança, prejudiciais à realização de afeto nas relações com o outro genitor e com o grupo familiar, são rigorosamente avaliados pelo juiz, através de perícia psicológica ou biopsicossocial.

E na hipótese da ocorrência de atos típicos de alienação parental ou de conduta que dificulte a convivência da criança ou do adolescente, o juiz poderá, em ação autônoma ou incidental, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil e penal, adotar inúmeras ou diversas providências, segundo a gravidade do caso, para inibir ou reduzir os seus efeitos.⁷⁶

Nos casos de mudança abusiva de endereço e outros de inviabilização ou obstrução à convivência familiar o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente junto à residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (art. 6º., parágrafo único).

Como se observa, o conteúdo das ações constitutivas de alienação parental, insere-se no âmbito da subtração da tolerância, ou de intolerância expressiva diante da *dissociação fa-*

assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílios de terceiro (art. 2º, parágrafo único): (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 falta denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com criança ou adolescente; (vii) mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

⁷⁶ Assim, poderá o magistrado: (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 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.

miliar havida com o anterior parceiro, de tal modo a expressar todas as práticas de recusa ilícita da tolerância necessária às relações do dia seguinte, admitidas por necessárias diante da existência dos filhos comuns.

Por outro lado, a disciplina legal ao direito de a criança ter um desenvolvimento saudável nas relações afetivas com ambos os pais e familiares, constitui um notável avanço do direito de família, coibindo as práticas correntes de ser a criança vitimizada como instrumento de agressividade e de revide ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do genitor alienante.

Mais se acentua essa nova política legislativa, como garantia de dignidade da pessoa vulnerável, a criança ou adolescente, quando se sabe que cerca de 80% dos filhos de pais separados já sofreram algum tipo de alienação parental.

O texto normativo, coibindo e punindo os atos alienadores, objetiva uma tutela integral dos filhos menores. Eles são vítimas da conduta incosequente dos pais que, separados, os utilizam, irresponsavelmente, como instrumentos de vingança ou de retaliação ao ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), provocando-lhes, mais das vezes, severos danos psicológicos. E quem a cometer, poderá perder a guarda do filho.

Com pertinência, apura-se em casos de alienação parental, o conduto da intolerância abusiva.

Filho é para se guardar, sem atos odiosos de manipulações alienantes.

§ 2. RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS⁷⁷

Inegável, de há muito, sublinhar-se o poder familiar, como um instituto jurídico em função dos interesses dos filhos

⁷⁷ Conferir: VIEIRA, Cláudia Stein; A Relação Jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil; in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); *Direito e Responsabilidade*; Belo Horizonte (MG): Del Rey Editora, 2002; 527 p. ; pp. 35-49

menores, direito-função por tal diretriz não mais considerado um direito absoluto e discricionário do pai e da mãe, segundo os estamentos do antigo pátrio-poder. O poder familiar é desempenhado, necessariamente, em favor dos filhos e não dos pais.

Na assertiva de GLIELDSON ALVES cuida-se imperativo:

“um momento para repensar a forma de construir novas relações pautadas nas possibilidades de conhecer novas fórmulas de ser e estar no mundo coletivamente”.

Ele acrescenta:

“É importante que os pais também possam olhar para os filhos como guias de um novo mundo em formação. Existe a possibilidade de compartilhar novas descobertas, mas para tanto, todos devem estar dispostos à aventura da vida enquanto um constante caminho de aprendizado. É necessário superar o medo do novo, quebrar o vidro fosco do preconceito e entender que os filhos podem aprimorar seus conceitos sobre o mundo e não simplesmente repeti-los. E para iniciar essa tarefa cotidiana os pais devem procurar ouvir para entender melhor o sentimento dos filhos antes de julga-los e condená-los.”⁷⁸

§ 2.1. INTOLERÂNCIA E PUNIÇÃO

Em "Fanny e Alexander", uma das obra-primas do diretor sueco Ingmar Bergmann, há uma cena de punição familiar. Ela repete a experiência vivida pelo próprio diretor do filme, filho do pastor Erick Bergmann, que punia as contravenções familiares com surras metódicas. Um dos filhos Dag, Ingmar ou Margareta se curvava sobre a mesa e alguém o segurava pela nuca enquanto os golpes eram dados. Ao final, o penitente tinha de beijar a mão do pai. O cinema repete a vida.

⁷⁸ Alves, Glieldson. O papel da família no mundo complexo, in Diário de Pernambuco, 05.10.2012, p. A13;

Esse tema suscita questão pedagógica quanto à atitude comportamental da educação parental, em face de infringências filiais.

O discurso da repressão, na convivência familiar, tem na suposta pretensão instrutora, a intolerância revelada contra os gestos de quebra da autoridade parental, as omissões de dever ou de diligência ou os erros praticados pelos filhos. Em rituais de reprimendas, os castigos trazem as bordoadas, os beliscões e as palmadas, em cenários de horrores, onde GILBERTO FREYRE, em *Casa Grande e senzala*, detecta a correção dos equívocos, erros e pecados infantis, com abuso da vulnerabilidade dos filhos.

As punições odiosas, de fúrias incontidas, feitas com força de feitor, representam, dentro da família, a ilicitude do uso de violência provocada, em último estágio, por intolerâncias incontidas, à guisa de instituir controle educacional ou consciência de deveres.

Dir-se-á, por isso, que “é na mesma fonte, depende só do grau, e por vezes na mesma raiva descontrolada, que nasce uma torrente de atos dessuamos e cruéis, tais como bater na mulher, torturar presos algemados, espancar deficientes.”⁷⁹

A destituição do poder familiar ou a perda da guarda, por “*uso de meio imoderado de punição*”⁸⁰ aos filhos menores, a exemplo de castigos corporais, por abuso de intolerância (a configurar também abuso da autoridade parental) constitui a sanção civil ocorrente, em casos que tais. Desse modo, reflete este resultado de sanção, a consequência jurídica da ilicitude civil da intolerância, quando a falta de tolerância é levada ao extremo.

§ 2.2. INTOLERÂNCIA DO ROMPIMENTO

⁷⁹ Martorelli, João Humberto. Lei da palmada, in *Jornal do Commercio*, 26.01.2012.

⁸⁰ idem

Identificam-se as intolerâncias por desafeição, quando a origem da falta de assistência material, moral e afetiva, com a prole, em prejuízo das relações paterno-filiais, decorre, mais das vezes, das circunstâncias da ruptura das relações conjugais.

Enfrentando o tema, BRASIL SANTOS depõe⁸¹:

“Existem pais incapazes de distinguir com nitidez a relação conjugal da relação parental. Em conseqüência, quando se separam do cônjuge, rompem também com os filhos. Por vezes, o abandono é material, representado pela sonegação dos alimentos. Em outras, é afetivo, manifestando-se pelo afastamento, desinteresse e completa ausência de contato com o filho”.

A falta aos deveres inerentes ao poder familiar, em espaço jurígeno do art. 1.637, como expressa PAULO LUIZ NETTO LOBO, são situações subjetivas que refletem circunstâncias caracterizadoras do abuso de direito.

De interesse consequente, é observar a perda do poder familiar pelo pai ou mãe que deixar o filho em abandono (art. 1.638, II, CC). Na omissão, residem a falta de cuidados, a desídia, a falta de vigilância, a deserção, enfim, do próprio exercício do poder familiar, pela configuração do não agir, em situações em que o agir torna-se imperativo e indeclinável.

A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. nº 245657, admitiu que o injustificado descumprimento dos mais elementares deveres de sustento, guarda e educação por seus pais, quando revelados nos autos, é causa de destituição do poder familiar, não obstante os princípios inscritos na Lei 8.069, que buscam resguardar, na medida do possível, a manutenção daquele poder.

Neste contexto, retorna BRASIL SANTOS:

“a ausência injustificada do pai origina evi-

⁸¹ BRASIL SANTOS, Luiz Felipe. Pais, filhos e danos. In: Diário de Pernambuco, Coluna Direito de Família, 07.04.2004.

dente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade”.

Na espécie, a conduta omissiva do pai, ao tempo que a ruptura conjugal decorra de sentimentos de intolerância com a realidade familiar pretérita, parece-nos inquestionável que, além de uma inequívoca concretização de dano, por infração aos deveres jurídicos impostos pelo poder familiar, representa ilicitude por intolerância decorrente do rompimento.

Não há negar que tal conduta desmotivada do genitor intolerante afigura-se-nos um dos capítulos mais interessantes na esfera da intolerância como suscetível de dano às relações existenciais da família.

O só fato de insurgências e beliculosidades contra o ex-cônjuge acarreta, por intolerância do rompimento, o abandono paterno, constituindo a omissão instalada e decorrente da intolerância existencial, causa de indenizabilidade.

§ 2.3. A INTOLERÂNCIA DO INCUMPRIMENTO ALIMENTAR

Outra espécie de intolerância familiar tem uma breve referência na obrigação dos alimentos.

A conduta morosa do devedor de alimentos, por manifesta intolerância, tem sido constatada, com larga frequência, em inadimplentes contumazes embora se apresentem eles solventes e com capacidade econômica para o adimplemento. Mais das vezes, essa desídia tem continuado, mesmo que empregado ou reempregado o devedor da obrigação.⁸²

⁸² Apresenta-se significativa, “de lege ferenda”, a restrição prevista no Projeto de Lei n.º 6.107/02, do deputado Lino Rossi. Segundo a proposta, o trabalhador deve-

Sanções civis tem sido projetadas diante da mora imotivada do devedor alimentar, a tanto de estabelecer diversas restrições a suas atividades negociais ou de cotidiano, a exemplo de trâmites bancários, obtenção ou renovação de licença para dirigir, habilitação para abertura de comércio ou indústria, concessões, licenças ou licitações, e mais ainda, ocupar cargos públicos ou diretivos de pessoas jurídicas, ou postulação de cargos eletivos, etc.

De toda ordem, em muitas hipóteses, a mora paralelamente reside em ilicitude de intolerância. Situa-se, v.g., a interrupção ao dever alimentar, com o incumprimento das prestações alimentícias, pelo só fundamento do advento da maioria civil, podendo significar ato de intolerância do devedor ao cumprimento da obrigação. Não estaríamos apenas diante de um inadimplemento obrigacional.

Presente um componente novo, o da resistência infundada, ao não tolerar o obrigado à continuidade da obrigação, ante a premissa exclusiva da cessação da menoridade do alimentando.

Muitos juristas sustentam que, uma vez extinto o "poder familiar" aos dezoito anos de idade, ocorre também a extinção do dever alimentar. E extinto o dever alimentar, desapareceria, automaticamente, a causa geradora da pensão. Entretanto, mesmo extinta a obrigação alimentar, caberá ao alimentante propor a competente "ação de exoneração de pensão alimentícia", não se podendo aceitar, de forma alguma, que essa exoneração se opere automaticamente.⁸³ De fato, cumpre observar,

dor de alimentos terá anotada tal circunstância em sua Carteira de Trabalho. Com isso, evita-se que o renitente se exima de sua responsabilidade ao mudar de emprego, podendo o novo empregador, ao contrata-lo, e tomando conhecimento de que é devedor de pensão alimentícia, proceder ao desconto da pensão em sua folha de pagamento.

⁸³ Por outro lado, nada obsta que esse pedido de exoneração venha a ser rejeitado pelo Juiz de Família, com base nos mais diversos fundamentos, inclusive porque o Código Civil não vincula a obrigação alimentar entre parentes a qualquer limite etário (ver artigo 1.696).

no caso em exame, que a obrigação alimentar não cessa, de pronto, ante a maioridade do beneficiado.⁸⁴ O menosprezo do devedor ao pagamento das prestações subseqüentes, com deserção do compromisso, emana, claramente, de ato de intolerância ao cumprimento, sob o pálio de não admitir que o credor, uma vez na maioridade civil, continue seu dependente. A equação, todavia, é contrária. Cumpre-lhe provar que o alimentando não mais necessita de continuar percebendo a pensão de alimentos.

Anota-se, para efeito de estudo, a mora alimentar, em um segmento bastante característico da intolerância, considerando a malícia do incumprimento.

§ 2.4. AS INTERDIÇÕES AFETIVAS

§ 2.4. 1. INTOLERANCIA POR OMISSÃO DE AFETO. O CASO EÇA DE QUEIROZ.

De saída, importa observar que as interdições afetivas, por episódios de rejeição ou de desafeto, extraem-se de uma intolerância que permeiam as relações e timbram por originais.

O “Caso Eça de Queiroz” é emblemático para o estudo.

A rejeição materna (com o assento batismal contendo o asséptico registro de “mãe incógnita”); a ausência marcante da figura do pai e a falta de convivência fraterna com os irmãos

⁸⁴ Diante da remessa pela 3ª Turma do STJ de recurso em ação revisional de alimentos em que a controvérsia cingiu-se em saber se, atingida a maioridade, findaria automaticamente ou não o dever de alimentar do pai em relação ao filho, a Seção Cível do Superior Tribunal de Justiça, proveu o recurso, entendendo que, com a maioridade do filho, a pensão alimentícia não pode cessar automaticamente. O pai terá de fazer o procedimento judicial para exonerar-se ou não da obrigação de dar pensão ao filho. Ficou decidido que completar a maioridade de 18 anos não significa que o filho não irá depender do pai. Precedentes citados: Resp. 347.010-SP, DJ 10/2/2003, e Resp. 306.791-SP, DJ 26/8/2002. (Fonte: Resp. 442.502-SP, Rel. para acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 6/12/2004.).

mais novos, foram interdições afetivas sofridas por Eça de Queiroz (1845-1900), o maior romancista português, autor de “Os Maias”, “Primo Brasília” e outros consagrados títulos.

Esse trágico familiar, em face obscura de infortúnios, que fez Eça de Queiroz, cuidado por madrinha, mãe de leite e mãe substituta, a criada Ana Joaquina Leal de Barros, nela obter durante os cinco primeiros anos de sua vida, a referência inicial de maternagem socioafetiva, tem o significante mais forte da intolerância por omissão de afeto, por parte de sua genitora.⁸⁵

O menino José Maria, somente tornado Eça por um reconhecimento de maternidade tardio, todavia sem eficácia legal, jamais foi legitimado pelo casamento dos seus pais, José Maria de Almeida Teixeira de Queiroz e Carolina Augusta Pereira d’Eça, ocorrido quatro anos depois do seu nascimento.

A condição de filho natural teve equivalentes socioculturais e jurídicos com os das demais ilegitimações filiais, dominantes em primitiva sociedade, a tanto que a bastardia representou estigma social, a envolver, em mesmo espectro, os filhos de mães solteiras e os de relações adúlterinas (filiação espúria), todos eles filhos ilegítimos.⁸⁶ Lado outro, o abandono materno apresenta-se como elemento decisivo ao trato jurídico, de apurado estudo, para a teoria dos danos no direito de famí-

⁸⁵ A matéria é tema central de “Eça de Queiroz: Um caso de Abandono Materno e de Filiação Socioafetiva” (Edições Bagaço, 2012, 120 p.), de Silvio Neves Baptista. Coloca-se o autor como arqueólogo da infância interdita de Eça, trafegando entre os principais memorialistas ecianos (Paulo Cavalcanti, Gaspar Simões, Campos Matos, Vianna Moog, Luiz Viana Filho, entre outros) para cuidar sobre o tema inédito no biografismo do romancista. Para além disso, refletir sobre as situações jurígenas dos danos afetivos ocorridos, tratando, inclusive, sobre as consequências do desamparo dos filhos no direito atual, em termos de responsabilização civil. Serve, ainda, de contributo a uma análise biográfica sob os influxos de uma juridicidade subjacente, constituindo, por isso mesmo, um viés importante na literatura jurídica.

⁸⁶ Cumpre lembrar o príncipe Juan José, de Áustria, filho do Rei espanhol Felipe IV, com a atriz teatral Maria Inés Calderón (casada), registrado, em seu batismo, simplesmente como “*filho da terra*”, sem quaisquer referências genéticas, embora seu pai, muito adiante, o tenha reconhecido (1642).

lia, nomeadamente as interdições ou danos afetivos.

Efetivamente manifesta-se, no caso em análise, a intolerância por omissão de afeto, como grave infringência ao dever de poder familiar (o de assistir o filho, inclusive afetivamente), tal como sucedeu em Eça de Queiroz, quando sua mãe negou-lhe identidade materna e afeto, e o seu pai uma presença habitual, sequer tendo eles comparecido ao batismo ou, ao depois, tendo-lhe sob suas companhias.

De efeito, o abandono materno assume relevância, nos planos psicológico, social e jurídico, consabido que a ruptura se faz mais traumática, a tudo exigir maiores reflexões⁸⁷.

Em contraponto, a parentalidade de mães socioafetivas, serve, em bom rigor, de sucedâneo substancial de provimento, tendo Eça de Queiroz vivenciado maternidades socioafetivas sucessivas, com Ana Joaquina, a avó paterna Theodora Joaquina e a tia materna Carlota Carolina, enquanto os respectivos maridos Antonio José Fernandes, Joaquim José Queiroz e Afonso Tavares de Albuquerque serviram-lhe de pais efetivos, ou mais precisamente, afetivos.

Afinal, tem-se a constatação técnico-jurídica de que não obstante o casamento posterior de José Maria de Queirós e Carolina Augusta, Eça continuou filho natural e não legítimo, à falta de ato formal e solene de reconhecimento por escritura pública, exigido pela lei civil então vigente.

O abandono materno, portanto, consubstanciou-se, até mesmo, por essa falta de estado de filiação legítima, não adquirido por Eça a qualquer tempo.

Se bem virmos, ser havido como filho de mãe ignorada,

⁸⁷ Edith Piaf, abandonada pela mãe desde a infância, foi criada no bordel da avó; Marylin Monroe, filha de mãe esquizofrênica, também sofreu abandono; Catarina, a Grande, da Rússia, desprezou o filho Pedro, por sua imensa semelhança com o Czar Pedro III, mantendo-o afastado do poder e sob permanente humilhação, tramando a sucessão para o neto Alexandre. Em todos os casos, evidenciam-se situações comprometedoras da formação daqueles, por desestrutura emocional, desprovidos do vínculo afetivo mais decisivo.

quando a maternidade é sempre certa, constitui-se em fato, por si mesmo, configurador de ilicitude cometida ao órfão civil.

Também resulta visível o abandono paterno, por presença deficitária de José Maria, quando Eça de Queiroz, em bom rigor, após privado dos primeiros pais socioafetivos (Ana Joaquim e Antonio José), encontra no avô paterno Joaquim José de Queirós, a ancestralidade que sempre lhe faltou.⁸⁸

Assinala-se, com observação devida, primo, a omissão de afeto como correspectivo da intolerância consequente de uma gravidez indesejada, como se extrai dos fatos, a indicar que essa omissão apresenta-se corolário da intolerância que não aproximou a mãe do filho nascido; secundo, uma interdição afetiva suficiente a causar danos psicológicos de largo espectro; tertio, um fato danoso que, tendo a intolerância por origem, é capaz de gerar obrigação de indenizar, porque analisado detidamente, é fato ilícito de incumprimento de dever parental, o de assistência ao filho, a partir do seu próprio reconhecimento.

§ 2.4.2. O ABANDONO AFETIVO⁸⁹

⁸⁸ Aliás, o pai de Eça é brasileiro; nascido no Brasil quando o Conselheiro Joaquim José de Queirós, seu avô, desembargador e ministro do Reino, exercia, precisamente, as suas funções no Recife. No mais, malgrado o liame da biografia eciana com alguns importantes personagens de seus romances, certo é que Eça de Queiroz foi, além de devotado marido e pai, um homem feliz. Bem por certo a constatada socio-parentalidade o supriu suficiente dos déficits de relação de origem. Por certo também, superando as interdições afetivas, os pais socioafetivos ensinaram-lhe o direito inalienável da busca da felicidade. Bem a propósito, o direito de ser feliz acha-se inscrito na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e o princípio dessa busca foi aplicado pela Suprema Corte americana, no “*leading case*” “*Loving v. Virginia*”, ao descriminalizar um casamento inter-racial (1967). Por certo, afinal, o novo direito de família coloca a afetividade e a responsabilidade parental, como as bases sólidas da família moderna.

⁸⁹ Conferir: 1938 - OLIVEIRA, Percival de; *Abandono de Família*; São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 1938, 195 p. *Abandono Afetivo – 2010*: a) CASSETARI, Christiano; *O Abandono Afetivo dos Filhos como fato gerador da responsabilidade civil dos seus pais. Uma Visão Constitucional*; in EHRHARDT JR., Marcos; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto (Coord.); *Leituras Complementares de Direito Civil. Direito das Famílias*; Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, 394 p.; pp. 237-249; b) EHRHARDT JÚNIOR, Marcos de A. de A.; *Responsabilidade Civil no*

Direito das Famílias: Vicissitudes do Direito Contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto; in ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.); *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo*; Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, 553 p.; pp. 353-37; c) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Os contornos jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material; in EHRHARDT JR., Marcos; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto (Coord.); *Leituras Complementares de Direito Civil. Direito das Famílias*; Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, 394 p.; pp. 209-236; d) LANA, Fernanda Campos de Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; O Direito e a Falta de Afeto nas Relações Paterno-Filiais; in FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; *Direito Civil. Teoria e Prática no Direito Privado. Atualidades IV*; Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2010; 690 p.; pp. 259-278; e) SILVA, Priscilla Menezes; A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência; Web: Site IBDFAM: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>, veiculado em 21.06.2010; extraído em 02.07.2010. - 2009: a) SOUZA, Ionete de Magalhães; Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina; Web: Site IBDFAM: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>, veiculado em 15.12.2009; extraído em 02.07.2010. 2008: a) BASTOS, Eliene Ferreira; A Responsabilidade pelo Vazio do Abandono; in BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, LUZ, Antonio Fernandes da (Coord.); *Família e Jurisdição, Vol. II*; Belo Horizonte (MG): Del Rey/IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2008; 335 p.; pp. 59-82; b) BERNARDO, Wesley Louzada; Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?; in TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.); *Diálogos sobre Direito Civil, Vol. II*; Rio de Janeiro (RJ): Editora Renovar, 2008; 698 p.; pp. 475-500; c) CASTRO, Leonardo; O Preço do Abandono Afetivo; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p. ; pp. 14-21; d) MELO, Nehemias Domingos de; Abandono Moral. Fundamentos da Responsabilidade Civil; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p.; pp. 07-13; e) PEREIRA, Maria Izabel da Costa; A Responsabilidade Civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos; in MADALENO, Rolf e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.); *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*; Sapucaia do Sul (RS): Ed. Notadez, 2008 (jan.), 2a. ed., 472 p.; pp. 267-292; f) REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA; Ementário: Abandono Moral/Afetivo; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p. ;

O abuso de direito em família, tornado produto da lesividade afetiva, teve em Minas Gerais, síntese de expressão da cidadania pela liberdade ensaiada em sua gênese, a sua configuração mais densa.

A 7ª Câmara Cível do então Tribunal de Alçada deste Estado, determinou o pagamento de indenização por danos morais de R\$52,00000 (cinquenta e dois mil) a um estudante de Belo Horizonte. Seu pai, embora em dia com a pensão alimentícia, foi considerado ausente do convívio familiar. A decisão que reconheceu o "*direito ao pai*" de um estudante de 23 anos, foi pioneira no País, mas não prosperou, à época, perante a corte superior.

Segue-se, adiante, o Acórdão paradigmático da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 1159242/2012.⁹⁰

pp. 32-36; g) SARMENTO, Roselaine dos Santos; Pais Irresponsáveis, filhos abandonados: A Responsabilidade Civil dos pais pelo Abandono Afetivo de seus filhos menores; in BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, LUZ, Antonio Fernandes da (Coord.); *Família e Jurisdição, Vol. II*; Belo Horizonte (MG): Del Rey/IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2008; 335 p.; pp. 225-241; h) STJ; Recurso Especial n. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves (*Acórdão na íntegra*); in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p. ; pp. 22-31

⁹⁰ “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, 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

A decisão em bom rigor não penaliza, com pecúnia, o abandono afetivo; mas reconhece a indenizabilidade da omissão de cuidado, ante a falta de atuação de amparo e de proteção, fundamental à formação da criança e do adolescente. Como proclamou o julgador, não se discute mais a mensuração do intangível – o amor - mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal, a de cuidar.

Nesse efeito, atribuiu-se ao dever de cuidado um importante valor jurídico. Em sua natureza de uma correspondente obrigação legal, quando a tutela maior é no objetivo da proteção integral do menor, o cuidado apresenta-se como obrigação de assistência material, antes mesmo que um agir afetivo. A transgressão obrigacional importará, inexoravelmente, provocar ao menor (filho) uma manifesta situação de vulnerabilidade. Em verdade, o preceito constitucional da tutela máxima é no efeito de coloca-lo a salvo de todas as formas de negligência.

Em ser assim, a decisão paradigma do STJ, superou o tormentoso dilema do abandono afetivo como causa eficiente de obrigação de indenizar, diante da repulsa à precificação do amor, ou da impossibilidade lógico-jurídica de se obrigar alguém a amar outrem, mesmo que seja o filho que o pai rejeitou ou negou-lhe a devida paternidade.

O referido julgador assentou com a devida precisão que “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,

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”. Relatora Min. Fátima Nancy Andriahi, j. em 24.04.2012.

7. Recurso especial parcialmente provido.

como se observa do art. 227 da CF/88”.

O tema ganha, agora, o tratamento adequado, em esfera própria, quando se sabe existente, necessariamente, “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”.

Mais precisamente, a obrigação de cuidar constitui a assistência material a que se sujeitam ambos os pais, não se confundindo, assim, com a obrigação de amar.

É nesse plano fático de realidade de vida, em face das obrigações inerentes da paternidade, que a omissão de cuidado mínimo, ingressa na teoria da responsabilidade civil, obrigando o pai omissor a indenizar os prejuízos advenientes da sua omissão.⁹¹

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

E nesse alcance, resultou, portanto, entendido que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.”⁹²

Induvidosamente que não.

Diante de tal fato, a ilicitude nele se manifesta inegável, com as sanções próprias da responsabilidade civil, não apenas a reclamar a sanção da perda do poder familiar, essa última nos

⁹¹ Cabível, daí, a ação de indenização por danos materiais e de compensação por danos morais, em desfavor do pai, ajuizada por filho(a) que tenha sofrido abandono material (e afetivo) durante sua infância e juventude.

⁹² Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5.º V e X da CF e artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas”.

lindes estritos do direito familiar (artigo 1.638 do Código Civil/2002).

É nessa modelagem, que a omissão de cuidado, o abandono afetivo, a desídia, refletem uma circunstancia mediata, a intolerancia abusiva com os fatos da vida, inclusive com a própria responsabilidade parental.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (24.04.2012), escreve, iniludivelmente, um capítulo novo no direito de família, a saber de sua jurisprudência mais avançada. Fica o paradigma: se o dever de assistência material e psicológica dos pais em relação à prole, cuida-se, às expressas, de uma “obrigação inescapável”, àqueles que descumprem essa incumbência, por máximas de intolerância, devem ser responsabilizados civilmente.

§ 2.5. AS INTERDIÇÕES DE AUTORIDADE

§ 2.5.1. DESRESPEITO DE AUTONOMIA E INDIVIDUALIDADE

Sublinha-se, a começar, pelo tema de relevante importancia, nas relações entre pais e filhos, o da recepção do filho em sua individualidade.

Uma autodeterminação prematura, em ritmo de libertação acendrada ao agregado familiar tem acontecido, relativizando o próprio poder familiar, a autoridade parental dos genitores.

Analisando este valor familiar, o jurista português DIOGO LEITE DE CAMPOS⁹³, empreende ponderações pontuais:

- a) a evolução da família tem levado a descobrir o filho como pessoa, “independente” dos pais e, desde cedo, autônoma⁹⁴;

⁹³ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Almedina, 2010, 2ª edição, 618 p.

⁹⁴ Esta autonomia precoce tem sido, segundo acrescenta, de há muito consagrada pela jurisprudência francesa, quando “entende que os pais não devem ser responsa-

b) a menor dependência dos filhos do patrimônio dos pais tem contribuído para a sua autonomia;

c) a maior taxa de divorcialidade e o número crescente de “famílias unilineares” (no Brasil, denominadas “famílias monoparentais”), reduzidas a um dos progenitores e aos seus filhos, exigiu uma crescente autonomia dos filhos.

d) a maioridade civil adquire-se, de direito e de facto, cada vez mais cedo. E, em muitos aspectos, o respeito da pessoa humana leva a que esta “maioridade” seja

e) natural, não dependendo da idade.

Daí, o exercício do poder parental, segundo ele doutrina, destina-se a prepara-los para uma autodeterminação e uma auto-responsabilidade, e sob o viés, ainda, de que cada vez mais cedo, os pais aprendem a respeitar os seus filhos-crianças ou adolescentes.

A não ser assim, a réplica é de gravidade dilacerante, ao extremo de alguns ordenamentos jurídicos virem a permitir que os filhos promovam a dissolução da relação jurídica da filiação, quando esta não lhes convenha.⁹⁵

Lado outro, o desrespeito à autonomia dos filhos é, dentro da estrutura familiar, síndrome de uma intolerância manifesta, capaz de produzir danos, sobretudo afetivos.

Tal problematização conduz-nos a refletir que, malgrado a família apresente-se como a melhor conformação do mundo privado, na ambiência nuclear ou expandida, cujos valores afetivos são exercitados espontaneamente, por vínculos paternais⁹⁶, caso é pensar sobre a sua crescente regulação jurídica,

bilizados pelos acidentes de motocicleta imputáveis aos filhos por não terem, desde cedo, autoridade suficiente para os impedirem de utilizar esse veículo.”

⁹⁵ A advertência é feita por Diogo Leite Campos, na obra citada, p. 323, ao lembrar a tendência dessa permissão legal de ruptura da filiação.

⁹⁶ Consanguíneos ou sócio-afetivos. Conferir:

visualizando-se a família como um problema normativo.

A funcionalidade do poder familiar está, portanto, a merecer idêntico tratamento normativo, a inibir o abuso do poder familiar, que também se materiliza, na espécie, em abuso de intolerância, com o devido enquadramento da ilicitude.

Isto porque, a todo rigor:

“convém que exista, e é natural que exista, uma coexistência de interesses entre o “*sujeito ativo*” e o “*sujeito passivo*” do poder funcional. Os pais, ao sustentarem os filhos, ao educarem-nos, ao aconselharem-nos durante sua existência, não só estão a satisfazer os interesses destes últimos, como também se estão a realizar enquanto pais. A vida familiar deverá prosseguir os interesses de todos, através de uma interação complexa em que o “*sujeito*” por o ser, é também objeto. Em que se dá, para receber; se ama, para ser amado; se comunica com os outros, para se humanizar o próprio.”⁹⁷

Induvidoso que o poder familiar, cada vez mais deferido por lei, deve compatibilizar o programa normativo de poder com a realidade da vida e da família. O poder impõe, em medida exata de verdade, muito mais deveres, servindo a autoridade parental de benefício em favor dos filhos.

§ 2.5.2. PRIVAÇÕES DE CONVIVÊNCIA

Há uma incidência de responsabilização, quando a interdição de autoridade situa-se em abuso da intolerância do genitor que, excedendo a autoridade parental, comete privações de convivência de filhos com os demais familiares.

O direito brasileiro não positiva a privação injustificada de convívio fraterno.

No entanto, o direito civil português dela trata, no artigo 1.887-A do Código Civil (Lei nº 84/95).

Estabelece o dispositivo:

⁹⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. Obra cit., p. 140.

“Art. 1.887º-A. Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e os ascendentes.”

§ 2.5.3. A EMANCIPAÇÃO CONTROVERTIDA

A par da cessação da menoridade civil, abreviada para dezoito anos completos, conforme disposto no art. 5º do novo Código Civil, como alteração significativa, cuida-se observar, em consequência, que a possibilidade legal de alcance da emancipação foi agora reduzida para dezesseis anos.

O instituto da emancipação disciplinado pelo parágrafo único do reportado art. 5º, por força da diminuição etária, torna-se, portanto, destinado ao adolescente, figurando a emancipação direta (inciso I), mediante concessão paterno-maternal, independentemente de intervenção judicial e, apenas, por sentença, quando tutelado o menor.

O fato de a emancipação se tornar possível ao adolescente de dezesseis anos, quando antes, tão somente reservada se o menor tivesse “*dezoito anos cumpridos*” (art. 9º, §1º, I, CC/16), e, sobretudo, para a emancipação direta a suficiência de que haja, apenas, outorga conjunta dos pais, sem necessidade do permissivo judicial, suscita controvérsias. A despeito de caso clássico e paradigmático da aplicação do instituto para menores de dezoito (18) anos, na hipótese específica do casamento permitido à mulher maior de dezesseis anos e menor de dezoito, pela regra do art. 183, XII do antigo Código, bastando o consentimento de ambos os pais.

Há quem sustente pela inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do art. 5º do novo Código Civil ao estabelecer a emancipação de adolescentes, a partir dos dezesseis anos, por “*singela concessão de seus pais*” e “*ao arripio de homologação judicial*”. Isto diante de a emancipação precoce, resultando de um ato de mera vontade dos pais, desafiar os mecanismos legais de proteção do adolescente que se acha sob

tutela integral e diferenciada e em Estatuto próprio.

De toda sorte, registre-se, porém, da conveniente anuência do menor emancipando, ao tempo em que a emancipação lhe for concedida na forma solene da escritura pública, fazendo-se, então, ali constar a sua concordância, a não se dizer que o adolescente “*pode se ver emancipado contra a sua vontade*”.

A esse propósito, ponderam, prudentemente, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NÉRY:

“A norma fala em ato de concessão dos pais, de modo que não exige a intervenção do filho emancipando para o aperfeiçoamento e validade do ato de emancipação. Contudo, para que não se coloque em dúvida a intenção dos pais, nem se alegue que a emancipação está sendo feita para que os pais se livrem da obrigação de sustento do filho, é conveniente que o filho emancipando participe do ato como anuente.”

Nesse caso, além da concordância do adolescente antecipado, impõe-se o conhecimento do Ministério Público para a análise detida das circunstâncias fáticas que ditaram o ato emancipatório, com assento no Registro competente. E para tanto, urge norma regulamentadora a respeito que melhor discipline a matéria.

Cuida-se, destarte, observar que negativa de concessão dos pais ou de um deles à emancipação do filho que tenha dezesseis anos completos, que busca fazer cessar a sua incapacidade civil sob a égide do art. 5º, I, do CCbr., ou seja, por simples concessão paterna, independente de homologação judicial, pode se configurar em intolerância. Em boa medida, o menor pode, motivamente, pretender a sua autonomia, sem o óbice paterno, apenas cabível por razões fundantes à negativa.

§ 2.5.4. A DENEGAÇÃO DE CONSENTIMENTO DE ESPONSAIS

A permissão paterna necessária aos filhos, homem e mu-

lher, com dezesseis anos, para que estes possam casar, enquanto não atingida a maioridade civil, é prevista no art. 1.517, do CCbr., compreendido que a denegação do casamento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz (art. 1.519, CCbr).⁹⁸

A denegação injusta é corolário lógico do abuso de direito do poder familiar, de onde se extrai como causa motriz a intolerância paterno-familiar no exercício daquele poder.

A intolerância impediante ao casamento de filhos menores, por parte de um ou ambos os pais, exigindo demanda judicial para o suprimento do permissivo paterno, à convocação das núpcias, deve ser aferida em sua motivação. A falta do justo motivo configura intolerância ilícita, dando suporte à reparação civil.

Para além disso, o Código Civilbr acentua, no artigo 1.518, ser permitida retratação do consentimento outorgado, quando dispõe que “até a celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização”.

Observa-se que a revogação em momento extremo, ao tempo da própria celebração do casamento, mais exemplifica a hipótese da intolerância ilícita paterna, suscetível, portanto, de obrigação de indenizar.⁹⁹

A não retratação é defendida por Roberta Marcantônio, propugnando pela revogação do aludido disposto, a evitar o abuso de direito. Em verdade, bastaria que, por fundado motivo, pudesse a revogação do permissivo ser apenas admitida, por decisão judicial, a tanto exigindo-se a provocação jurisdicional com antecipação adequada.

§ 3. RELAÇÕES PARENTAIS

⁹⁸ Interessante registrar acerca da questão de competência, quando o suprimento do consentimento é conferido ao Juiz competente da Justiça da Infância e Juventude (artigo 14, parágrafo único, alínea C, do Estatuto da Criança e do Adolescente) e não ao juiz de família.

⁹⁹ A hipótese é muito bem retratada por Inácio de Carvalho Neto na sua obra “Responsabilidade Civil no direito de Família”, Curitiba: Juruá Editora, 2002, 573 p.

§ 3.1. A INTOLERÂNCIA ETÁRIA

1. O etarismo ¹⁰⁰ é uma das formas menos visíveis de intolerância, suscetíveis de seu reconhecimento como ilícito civil e, ainda, ilícito penal ¹⁰¹

Ele ocorre nas relações sociais, à medida de fatos juridicamente determinantes, a saber da discriminação etária verificada no mercado de trabalho, nos planos de seguro (de vida ou de saúde), em benefícios previdenciários deficitários, na falta de políticas públicas satisfatórias de proteção aos mais velhos, na ausência de espaços públicos garantidores aos mais vulneráveis ou de espaços privados adequados à uma melhor convivência.

Uma média maior de idade, no país, em perfil etário de padrão francês, com mais idosos obtendo uma vida mais ativa ¹⁰², faz demonstrar a contemporaneidade mais aguda do problema do etarismo.

Ocorre quando tem lugar o preconceito de idade, notadamente observado, no presente campo de estudo, em face das relações de família, envolvendo pessoas idosas e, no particular, os ascendentes.

Bem é certo que, na Antiguidade, os idosos eram abandonados, para não servirem de embaraços aos seus familiares.

No presente, a responsabilidade parental mútua tem sede

¹⁰⁰ O termo foi cunhado por Joana Amaral Dias, a corresponder ao termo inglês “*ageism*” ou “*agism*”, desenvolvido por Robert Butler (1969), e “definido como sendo um estereótipo de discriminação contra pessoas devido à idade”, como relata a psicóloga portuguesa Tatiana A. Santos (www.rostos.pt)

¹⁰¹ Está sob análise, na Câmara Federal, o Projeto de Lei 1.477/03, que tipifica o preconceito de idade como crime, a ser punido da mesma forma que a discriminação de raça, cor, etnia e religião.

¹⁰² O Fundo de População das Nações Unidas (Unfpa), indicou no Relatório Tóquio (setembro, 2012), que mais de um bilhão de pessoas com mais de 60 anos, será registrado em 2010, e pelo menos dois bilhões, em torno de 2050. O envelhecimento populacional é mais presente nos países em desenvolvimento, que abrigam 66% da população acima de sessenta anos.

constitucional, em dicção do art. 229 da CF de 1988, ao estabelecer que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A seu turno, o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 - acentua que a família e o Estado devem assegurar ao idoso os direitos fundamentais bem como o respeito à convivência familiar e comunitária.

Uma primeira indicação, conforme o caso, de intolerância com as pessoas mais velhas, é a manifesta exclusão familiar do idoso, o isolando de compartilhar da rotina familiar, segregando-o do contexto da família. Intolerância de exclusão, que priva o idoso de participar ativamente da família, da cena familiar onde as relações devem ser travadas em diálogos de gerações.

Essa exclusão, no ponto menor, situa-se no desenlace dialogal, em santa hipocrisia realçada por PLÍNIO PALHANO: “os nossos idosos familiares quase sempre são apenas peças de decoração para mostrar à sociedade que estão servindo às suas necessidades numa mentira sentimental mascarada de bondade religiosa.”¹⁰³

Em ponto mais grave, é tanto presente esse sinal de exclusão que se torna mais comum os parentes optarem colocá-los nas denominadas instituições de longa permanência para idosos (LPIs), em alternativa de discutida validade. No ponto, há quem sustente que essa decisão de excluir o idoso de seu “habitat” familiar natural pode acelerar em até cinco anos a morte dele”.¹⁰⁴

A esse propósito, sustenta a psicóloga CLÁUDIA DANIELE LEITE que “a família valida o papel da pessoa mais velha enquanto ente querido. Ela se sente amada e, consequen-

¹⁰³ PLANO, Plínio. A vez dos Idosos, in *Jornal do Commercio*, 11.2012, p. 14.

¹⁰⁴ SOUZA, Alice de. “Idoso melhor com a família”, in *Diário de Pernambuco*, 07.10.2012, p. C6.

temente, melhor”. E acrescenta: “Se ela tem capacidade de realizar as atividades básicas, permanecer em casa é saúde”.¹⁰⁵

A intolerância etária, mais das vezes decorre da própria falta de estrutura física e psíquica dos familiares para se relacionar com os seus idosos. Parentes próximos, a partir de filhos ou netos, cometem maus-tratos físicos, em causa decorrente da intolerância relacional, ofensas que se traduzem na manifesta discriminação da faixa etária.

Casos de apropriação indébita dos bens de idosos, malversação dos seus legítimos interesses financeiros, de perda da moradia (expulsão contingenciada para abrigos ou casa de terceiros), de agressões físicas ou outros tipos de violência, refletem a cultura intolerante de práticas etaristas.

Uma segunda indicação é a intolerância de inadmissão das próprias vontades dos idosos, toldando-lhes a liberdade de suas conveniências pessoais. Essa intolerância nutre-se da vulnerabilidade dos mais idosos, impedindo que, limitados pelas condições físicas, possam exercer um livre agir absoluto.

Em estado de senescência, na decrepitude de condições de vida, pela incapacidade de melhor convivência com a realidade dos próprios fatos pessoais e circundantes, o idoso padece de incompreensão implacavelmente hostil, que transborda na intolerância descabida, capaz de, concretamente, servir de causa eficiente para a responsabilização civil do intolerante. Na sua fase de senescência, aquele familiar que apresenta sua idade propecta em manifesta vulnerabilidade que o coloca indefeso, sofre a falta de solidariedade, quando menos, situando-se prejudicado a uma dinâmica de apoio e a um melhor conforto de sua vida pessoal.

Ora bem. Como é consabido, o idoso “tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar ou, ainda, em instituição pública ou privada” (art. 37, *caput*, do

¹⁰⁵ Idem.

Estatuto do Idoso).

Vale a pena, então, acentuar que uma vez vitimizado por gestos de intolerância, o ancião terá o direito de não apenas reprimir essa vitimização, como ressarcir-se, no plano subjetivo da responsabilidade civil motivada, dos prejuízos ocorrentes.

Em sede de casuística, recolhe-se julgado seguinte:

“(...) Idoso que detém meação e direito real de habitação sobre o imóvel deixado pelo espólio de sua finada esposa e possui desinteligências com familiares que compartilham o mesmo teto, tem direito e preferência a residir no imóvel onde vive há mais de quarenta anos, além de medidas de proteção sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados, mesmo que por omissão ou abuso da família, admitida toda a ação pertinente (art. 43 inciso II c/c caput do art. 82 do Estatuto do Idoso). O filho, e seus familiares, que se mudaram para a residência do autor, advindo a impossibilidade de convívio com o idoso, devem se afastar da moradia em razão dos direitos daquele.”¹⁰⁶

2. Situação significativa de intolerância etária observa-se quando o poder familiar é utilizado com a intolerância de quem frustra as relações avoengas, inibindo vínculos familiares e convivência dos netos com os avós, a negar-lhes direito de visita ou de relacionamento efetivo.

Decisão paradigma brasileira, de 1948, situou, então, a questão, assinalando:

“(...) o pátrio poder não mais pode ser considerado como um direito absoluto e discricionário do pai, senão como um instituto em função do interesse do menor. Assim constitui princípio fundamental da moral familiar, sem qualquer desrespeito

¹⁰⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, na Apelação Cível nº 70028561785, Relator: André Luiz Planella Villarinho; julgado em 28/10/2009); Recurso improvido, segredo de justiça.

aos direitos paternos, a manutenção de relações de amizade e de certo intercâmbio espiritual entre uma avó e sua neta menor, *sendo odiosa e injusta qualquer oposição paterna, sem estar fundada em motivos sérios e graves.*” (TJDF).

A oposição desmotivada, sem fato fundante, bem representa prática de intolerância ou de etarismo, em relação aos avós, quando não se observa, em favor daqueles, o direito de comunidade familiar.

A separação imposta entre avós e netos, por intolerância odiosa que impede possam aqueles exercitarem o direito ao convívio, em favor dos próprios menores, é transgressão ao relacionamento avoengo, que ocorre em diversas situações, elencando-se que tais:

(i) quando ao fim e ao cabo da relação existente, em término conflituoso do casamento, adotam o pai ou a mãe uma postura intolerante, enquanto titular da guarda singular dos filhos, proibindo o contato destes com os ascendentes do ex-cônjuge;

(ii) quando em face de desavenças familiares filhos rompem com os pais, e a esse tempo, vetam a convivência avoenga, também por ato de intolerância que se extrai do próprio desajuste familiar subjacente;

(iii) ou quando o novo marido da mãe impede que o enteado possa manter contato mais estreito com os avós paternos, o mesmo sucedendo, v.g., com a nova mulher do pai, que impede o enteado da convivência com os avós maternos do enteado.

Anota-se que esse tipo de intolerância tem sido observado ao longo do tempo, registrando-se o acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal data de 11 de novembro de 1952.

Ali, o julgado matriz acentuou:

“o contato com pessoas que são intimamente ligados por laços de sangue, fortíssimos, é de grande benefício para os

menores na sua formação moral e efetiva.”

De fato, conforme a frase emblemática de EDGAR DE MOURA BITTENCOURT, “*os netos são a última grande paixão dos avós*”.

Agora, com maior precisão, discute-se em doutrina¹⁰⁷ a extensão do instituto da Alienação Parental aos avós, atendido o rol exemplificativo do parágrafo único art. 2º da Lei nº 12.318/2010.

Bem é certo que pelo princípio do melhor interesse do idoso, extraído do art. 230 da Constituição federal brasileira, a alienação pode ser cometida, em diversos casos, contra o idoso e nomeadamente dirigida aos avós. Essa inferência está bem posta no inciso VI do reportado parágrafo único do art, 2º da lei de regência:

“VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares destes ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança e o adolescente.”

A partir de tal contextura, justifica-se a possibilidade da extensão, cumprindo velar pelo direito material avoengo, de convivência familiar com os netos.

Anota-se que a analogia dos termos da lei em prestígio de sua aplicação objetiva ao idosos, o contempla não apenas pela condição de avós, mas em face da própria qualificação etária, a rigor do Estatuto que o tutela.

03. O problema do etarismo é mais grave do que as formas com que possa ser posto, diante da fragilidade da relação parental. Colocam-se os idosos, um dos atores da relação, sujeitos a todos os fatores de risco, não apenas ao de desamor, mas, sobretudo, ao da quebra constante de sua dignidade como pessoa.

Em suma, a intolerância com o idoso, no plano familiar,

¹⁰⁷ BARBDESO, Cláudia Gay. A possibilidade de extensão da lei de Alienação Parental ao Idoso, in *Família Contemporânea: Uma Visão Interdisciplinar*. Souza, Ivone M. Candido Coelho de (Coord.); Porto Alegre: letra & Vida/ IBDFAM/RS, 2011.

nega-lhe a cidadania a partir de sua casa.

CAPÍTULO V. CONCLUSÕES

Concluamos, dizendo, na palavra de EVERARDO LUNA, que “a essência do abuso de direito é a ilicitude, que se define como a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico”.

Se “*nada é tão perigoso como a certeza de se ter, sempre, razão*”, resta apenas a certeza que a ilicitude da intolerância, em sua eficácia, implica em importante ruptura do comportamento intolerante que tem seu vínculo com a violência da própria sociedade que recusando a tolerância mais se torna criminogênica e intolerante.

Diante do direito de família, tal ilicitude assume gravames maiores, por depor contra a dignidade humana, não cabendo indagar, para a sua repressão, o elemento subjetivo do ato abusivo, se o autor atuou com dolo, ou culpa. Interessa ao direito, conforme a doutrina de SALEILLES, apenas o elemento objetivo do ato.

A dinâmica de uma resposta ao tema do abuso de direito familiar, nomeadamente pela espécie da intolerância ilícita, no âmbito de uma doutrina a ela voltada, assume a mais elevada importância, a dizer uma vigília constante de defesa ao princípio da dignidade da família. A intolerância ilícita deve ter seu reconhecimento, em sede do direito de família e de sua aplicação, como resposta adequada ao prestígio do princípio da solidariedade familiar, pelo que se reserva à concretização judicial o implemento conveniente em ordem a reduzir os níveis de intolerância nas relações familiares.

Maior energia da reação jurídica ao ato abusivo, e, correspondentemente, mais ampla proteção de quem por ele foi lesado, como refere CUNHA DE SÁ, importa nas consequências sancionatórias, admitindo-se, em ultima análise, o ato abu-

sivo como fonte da obrigação de indenizar.

Assim, o abuso de da intolerância é um invento do egoísmo humano, cuja desmontagem deve ser empreendida na percepção de que o direito de família se faz por amor, não podendo essa crença deixar de imprimir sua força normativa em coibição de todos os atos abusivos que malferem a família em sua dignidade.

De consequência, o direito de ser tolerado é um novo direito no rol dos direitos fundamentais que também se extrai do princípio da dignidade humana. (CFbr. Art. 1º) E de tal entender, a sua violação produz efeitos jurídicos, dentro da disciplina da responsabilidade civil. No reverso, representa a intolerância, com a quebra do direito de ser tolerado, um ato de transgressão que, incidindo em abuso e transbordada a simples intolerância episódica em prática contumaz e grave, faz constituir ilícito civil.

A intolerância como ilícito civil é categoria que interessa, mais vivamente, ao aprofundamento teórico, doutrinário e, ainda, a uma aplicação jurisdicional, em sua eficácia plena, não limitada por lei e ou pela própria doutrina simplesmente ao dever de indenizar, eficácia primeira e não única, como se extrai do art. 927, do Código Civil, ou seja, apenas “*eficácia indenizante.*”

O reconhecimento da ilicitude da intolerância nas relações de família, com aplicação tópica aos casos específicos de violação concreta de deveres familiares, tem como escopo doutrinário e funcional a própria proteção da família. Daí, recolhe-se o fundamento jurídico pelo qual a intolerância familiar pode ser havida por ilícito civil. Sua caracterização em todas as relações jurídicas, positiva o Abuso de Intolerância como causa eficiente de responsabilização civil, pelo que o controle da intolerância deve servir de instrumento de pacificação social à medida de sua efetividade plena.

Em última palavra, resultará uma sociedade devidamente

intolerante com os intolerantes indevidos (radicais), a reprimir o abuso dos que recusam a devida tolerância para uma sociedade mais tolerante. Esta refletirá, então, um direito de consciência universal para o paradoxismo das expressões e o agir diferente.¹⁰⁸

Afinal, devem ser reservadas aos protagonistas da cena familiar, a exortação lapidar de William Shakespeare:

“Por mais que minhas palavras transbordem em desacatos, não permita, meu coração, que eu as transforme em atos”



BIBLIOGRAFIA ESSENCIAL

0.1. BIBLIOGRAFIA ESTRANGEIRA (PT):

CORDEIRO, ANTONIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações, Tomo III (...) Responsabilidade Civil, Coimbra: Almedina, 2010, 850 p.;
_____. Litigância de Má Fé, Abuso do Direito

¹⁰⁸ A expressão é referida por PAINE: “A Constituição francesa renunciou tanto à tolerância como à intolerância e estabeleceu um DIREITO DE CONSCIÊNCIA UNIVERSAL. A tolerância não é mais o contrário da intolerância. Ela é somente a sua contrafação. Todas duas são despóticas; uma se arroga o direito de proibir a liberdade de consciência. A outra de concedê-la. (...) (Uma é como um papa brandindo o fogo e a lenha, o outro como um pontífice vendendo ou concedendo indulgências. A primeira representa a Igreja e o Estado, a segunda a Igreja e o tráfico”. (Paine: 1961, 323-324).

- de Acção e Culpa “In Agendo”. Almedina, 2006, 226 p.
- FRANCO, Jose Eduardo. MARUJO, Antonio. Dança dos Demônios – Intolerância em Portugal. Lisboa: Editora Temas e Debates, 2009, 632 p.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Textos e Apontamentos de seu magistério doutrinário durante Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas (Lisboa, 2011).
- MELO ALEXANDRINO, José. Direitos Fundamentais. Introdução geral. Cascais: Príncípia Editora, 2ª edição, setembro/2011, 173 p.
- Sottomayor, Maria Clara. Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio. Coimbra: 2002, 4ª ed., 301 p.
- RAMOS DE CARVALHO, Filipa Daniela. A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 144
- SILVA CERDEIRA, Ângela Cristina da. Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si. Oimbra; Coimbra Editora, 2000189 p.

0.2. BIBLIOGRAFIA ESTRANGEIRA:

- BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.); A Intolerância (*L'intolérance*); trad. Eloá Jacobina; Academia Universal das Culturas (França); Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, 293 p.
- CANARIS, Claus-Wilhelm; *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Lisboa: Edições Almedina, fev., 2009, (2ª. reimpressão da edição de julho-2003), 167 p. (p. 111).
- DAVIS, Natalie Zemon; Histórias de Perdão e Seus Narradores na França do Século XVI, trad. José Rubens Siqueira; São Paulo: Companhia das Letras, 2001, 315 p.

- GLUCKSMANN, André. O Discurso do ódio. Trad. Edgar de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 207, 270 pp.
- LOCKE, John. Carta sobre a tolerância (1689). São Paulo: Ícone Editora, 2004.
- LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. Trad. João da Silva gama, revista por Artur Morão. Lisboa: Edições 70.
- MEREU, Ítalo. Historia de La Intolerancia En Europa. Madrid: Editor Paidos, 2003, 382 p.
- OZ, Amós. Contra o Fanatismo. Trad. Denise Cabral de Oliveira, 3ª. Edição, Rio de Janeiro: Editora, 2004, 105 p.
- VOLTAIRE, François Marie Arouet de. Tratado sobre a Tolerância: a propósito da morte de Jean Calas. Trad. Paulo Neves. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.
- ZIZEC, Slavoj. Elogio da intolerância. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores., julho de 2006. 148 p.

0.3. BIBLIOGRAFIA BRASILEIRA:

- ADEODATO, João Maurício. A Retórica Constitucional sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 195 p.
- AURÉLIO, Diogo Pires. Um Fio de Nada: Ensaio sobre a Tolerância. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, 167 p.
- BAGGIO, Moacir Camargo. Da Tolerância. Direito e Conflito sob o signo da Tolerância: por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade. São Paulo: LTR Editora, 2010, 230 p.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos Ilícitos Civis. Belo Horizonte; Del Rey, 2003. 136 p.
- FUKS, Betty Bernardo. *O pensamento freudiano sobre a into-*

- lerância*. In "Psicologia Clínica", Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2007. Disponível em: www.scielo.br
- MEYER-PFLUG, Samantha. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 271 p.
- PASSETTI, Edson. OLIVEIRA, Salete (org.). A Tolerância e o intempestivo. Cotia (SP): Ateliê Editorial, 2005, 229 p.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Tortura, Intolerância, Direitos Humanos. Disponível em: www.dhnet.org.br
- ROUANET, Luiz Paulo. Paz, justiça e tolerância no Mundo Contemporâneo. São Paulo: Edições Loyola, 2010, 199 p.
- SILVA, Clemildo Anacleto da. Educação, tolerância e Direitos Humanos. Porto Alegre (RS): Editora Sulina/Editora Universitária Metodista, 2009, 175 p.
- SILVA, Antônio Ozaí da. Reflexões sobre a Tolerância. In: "Revista Espaço Acadêmico", n. 37, junho de 2004. Disponível em <http://www.espacoacademico.com.br/037/37pol.htm>
- USP. Centro de Documentação do Laboratório de Estudos de Intolerância da Universidade de São Paulo. Endereço Web: www.rumoatolerancia.fflch.usp.br

0.3.1. REPORTAGENS:

ÉPOCA, Revista; *A garota de rosa-choque*, de Rodrigo Terrer; n. 598, 02.11.2009, p. 91;

0.0. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL APLICÁVEL:

- 0.0. Declaração de Princípios sobre a tolerância. Disponível em www.direitoshumanos.usp.br
- 0.0. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas con-

vicções. Disponível em www.dhnet.org.br

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL (PT):

Código Penal (Lei nº 59/2007): os crimes de ódio estão tipificados no artigo 240 (Discriminação racial ou religiosa). Por sua vez, o art. 132 (homicídio qualificado), inciso II, ítem “f” considera circunstancia agravante do crime se este for determinado "por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL (BR):

Constituição Federal brasileira, Art. 5º, inciso VI: É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias ,e a aceitação dos diferentes tipos de religião existente no mundo e na sociedade.

Código Penal Brasileiro, Art. 208: Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso. Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.