

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO E ALIENAÇÃO PARENTAL (CIVIL LIABILITY IN AFFECTIVE ABANDONMENT AND PARENTAL ALIENATION)

Eliane Moreira de Almeida Oliveira¹

RESUMO

Este artigo analisa o tratamento dado pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002 à Responsabilidade Civil nas relações familiares, bem como o tratamento jurisprudencial acerca do tema. Para tanto, alguns institutos jurídicos serão examinados pela ótica neoconstitucional para dar maior efetividade aos direitos fundamentais, especialmente nos vínculos decorrentes da parentalidade e convivência.

Neste sentido, verifica-se a incidência direta dos princípios fundamentais insculpidos na CF/88 como fator determinante para “despatrimonialização” das relações sociais, focando valores éticos e princípios morais como norteadores dos intérpretes da lei, em especial no que diz respeito a proteção dos direitos extrapatrimoniais.

O objetivo será demonstrar a responsabilização por atos de lesão aos direitos da personalidade resultantes da alienação parental e abandono afetivo sem traduzir um tratamento patrimonial para estes.

PALAVRAS CHAVES

Responsabilidade; Família; Constituição.

SUMMARY

This article examines the treatment given by the Federal Constitution and the Civil Code of 2002 to Civil Liability in family relationships, and as the jurisprudential treatment of the topic. To do so, from a viewpoint neoconstitucional will be seen as some legal institutions were rebuilt to give more effectively to fundamental rights, especially the linkages arising from parenting and living.

¹ Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito-UFRJ. Professora de Direito Civil e advogada no Rio de Janeiro.

In this sense, there is the incidence of the fundamental principles by CF/88 as a determinant for "despatrimonialização" of social relations, focusing on ethical values and moral principles that guide the interpreters of the law, especially in respect the rights no patrimonial.

The objective will be to demonstrate accountability for acts of injury to personal rights resulting from parental alienation and emotional abandonment without translating an economic values on these.

WORD KEYS

Responsibility; Family; Constitution.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família sempre foi vista como célula *mater* da sociedade, e por isso o legislador constituinte originário lhe dedicou um capítulo exclusivo, que até hoje desperta as atenções do intérprete, considerando que a leitura exige um olhar profundo das normas jurídicas, sobretudo daquelas que ora prescrevem condutas, ora valores, sendo certo que os direitos humano têm sido o norte para toda a produção normativa contemporânea que pretende alcançar uma convivência harmônica entre diferentes grupos sociais, hoje consagrados como grupos ou entidades familiares.

Os vínculos afetivos sempre foram uma constante da espécie humana, sobretudo para a perpetuação da espécie, e aversão à solidão. Deste fato natural, embora disponha de uma estruturação psíquica na qual todos possuem um lugar enquanto parente, sofre a interferência do Estado, reconhecendo este grupo de pessoas ligadas pelo afeto e respeito enquanto família através do casamento².

Em uma sociedade conservadora e hierarquizada, ainda baseada numa economia rural, inspirada nos moldes patriarcais, a família só era detentora de projeção jurídica se oriunda do matrimônio. Porém, após a revolução industrial, tal modelo sucumbiu à necessidade de mão de obra, fazendo que a mulher tivesse que atuar também no mercado de trabalho para então complementar a renda familiar, e garantir a subsistência. A partir o homem não é mais o único provedor da prole; a família deixa de ostentar o caráter produtivo e reprodutivo que vivia no campo, migrando então para as cidades, residindo em espaços cada vez menores, aproximando seus membros, desenhando um novo modelo agora respaldado no vínculo afetivo, laços de carinho e amor. Daí a valorização destes valores não só pela celebração do casamento, devendo

² Dias, 2011b. Pg. 27

perdurar por toda a relação. Cessado o sentimento, não mais se justifica a sustentação desta família, e a dissolução é uma forma de se garantir a dignidade da pessoa.³

Se a separação se torna o remédio inevitável para a boa saúde familiar, por outro lado, a legislação contemporânea a CC/1916 não admitia o rompimento da união conjugal. Com efeito, as uniões não originárias do casamento, bem como os filhos havidos dessas relações, tinham tratamento discriminatório e marginal: eram uniões extramatrimoniais, bem como a prole era ilegítima, excluídos de seus direitos, tudo para preservar o instituto do casamento.

Mas a sociedade possui dinâmica própria, e persiste na sua mutação ao longo do tempo. E para acompanhar tais tendências, foi promulgada o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), devolvendo a plena capacidade civil à mulher e assegurando a propriedade exclusiva aos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho. Foi instituído o divórcio pela Lei 6.515/77, e a EC 9/77, e, afastando a ideia de entidade sacralizada da família única e exclusivamente formada pelo matrimônio. A possibilidade da dissolução extrajudicial pela Lei 11.441/2007 seguiu na mesma, o que foi corroborado pela EC 66/2010, a qual extinguiu a previa separação conjugal como requisito para o divórcio, jogando por terra a discussão acerca da culpa, conferindo a este fenômeno jurídico o status de direito potestativo com eficácia imediata para qualquer um dos nubentes insatisfeitos com a relação conjugal.⁴

As mudanças não param por aí. A quebra do tripé sexo, casamento e reprodução como único fato gerador de família desencadeou outra série de mudanças: a desnecessidade do ato sexual para reprodução, que pode ser feita via inseminação artificial homóloga ou heteróloga; o casamento não é mais legitimador das relações sexuais, e o sexo não é mais visto para a finalidade reprodutiva, mas está compreendido na ordem do desejo, como fonte de prazer; a possibilidade de novos modelos de famílias, tais como matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela, eudonista, sem excluir outras formas que poderão surgir após a conclusão deste trabalho⁵.

Mas ainda assim o tema não foge do alcance do Estado, e por isso o legislador pátrio lhe destina especial atenção do Estado (art. 226, CF/88), inclusive com expressa previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁶

Neste sentido, verifica-se a necessidade de sua reconstrução para então adequá-la aos novos paradigmas sociais, sobretudo o afastamento de um olhar individualista em prol de um

³ Dias, 2011. Pg. 28.

⁴ Stolze e Pamplona Filho, 2010. Pg. 41.

⁵ Dias, 2011a. pg. 13

⁶ Art. XVI, 3, Declaração Universal dos Direitos Humanos.

novo arsenal normativo baseado numa ordem pública solidarista, submetida aos ditames constitucionais, mais humanitários e inclusivos.

DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL - O DANO

A doutrina mais tradicional se baseia na tríade: conduta-nexo de causalidade-dano para dar conta desta complexa ciência que é a responsabilidade civil, a qual ainda tem sido objeto de debates acadêmicos, mas sempre com a promessa de uma resposta inusitada a problemas antigos.

Desta forma, o método para a responsabilização dos danos tem sido na verificação destes elementos, pois em caso de não incidência de qualquer um, tanto no modelo da necessária ou não análise da culpa, não haveria que se falar em reparação.

Esta visão concentra uma atenção especial ao dano. Mas se for superada a discussão acerca da culpa, inserida no elemento conduta, resta a investigação sobre a existência ou não da lesão a um bem jurídico tutelado, pautado no exame abstrato conectado a uma norma a qual possa remeter, mesmo que genericamente, a proteção do interesse prejudicado.

E restando inviável a prova matemática do dano moral, há quem conclua pela sua desnecessidade, sob o argumento de se tratar de um dano *in re ipsa*, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem a propositura da ação. Ou seja, a importância sobre a obrigação de reparar, ou sua exoneração, quando um bem jurídico fora afetado estava relacionada ao mesmo raciocínio dos danos patrimoniais, pois o objetivo está em dar uma resposta a quem suportou o prejuízo.

Contudo, quando a violação recai sobre um bem que não tem uma correspondência financeira, os critérios de valoração se revelam imprecisos e até mesmo injustos, eis que ao contrário das regras estáveis e seguras que são desejadas pela sociedade, sobretudo pela sua importância e utilidade, a responsabilidade civil desenha um cenário de incertezas e constante mutabilidade, que se materializa na expressão “indústria do dano moral”.

Ainda para enfatizar o papel central que o dano tem ocupado como requisito inafastável da responsabilidade civil, há que se registrar que até pouco tempo atrás, entendia-se como contrário à moral, e portanto ao Direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão extrapatrimonial se esta se apresenta unicamente como sofrimento. O preço da dor (*pretium doloris*) não era admitido nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, exceto quando a lei expressamente assim previa.

Neste aspecto, destaca Maria Celina Bodin de Moraes que este entendimento contra a atribuição de valores pecuniários a bens que não “objetos”, mas sim seus titulares ou parte

integrante destas pessoas se baseava na dificuldade em verificar a existência e a extensão do dano sofrido. Como seria possível mensurar os sentimentos de alguém?

Para esta corrente, o dano não era passível de medida, e a fronteira que separava o universo de lesados daquele que nada haviam sofrido, se é que existia, era tênue demais para ser enxergada. A regra implícita era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar; como se a indenização fosse justamente a “medida” do dano.

Assim, tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável.

A justificativa para tal entendimento estava ligada a dificuldade de se verificar a existência e a extensão do dano suportado contraposto à sua transitoriedade, pois as dores da alma, o tempo se encarregaria de curar. E por isso a recusa da reparação do dano moral.⁷

Por outro lado, na era da informação imediata em que vivemos, sob o signo da era da evolução tecnológica, raras vezes desassociada da internet, é certo que os danos suportados pelos particulares alcançaram uma dimensão extraordinária. Não há mais como se deixar de reconhecer a expansão dos direitos lesados, e por isso se fez necessário atribuir força normativa aos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB/88), bem como consagrar a tutela de interesses existenciais e coletivos, conquista da ciência jurídica contemporânea em oposição da conduta lesiva.⁸

Entre os exemplos mais comuns, fala-se em danos à privacidade, à imagem, à integridade física e psicológica, os quais tem sido alvo permanente vigilância das cortes judiciais, bem como o olhar cauteloso do legislador pátrio, quando da redação da Lei Maria da Penha (Lei 11.342/06) ao definir as formas de violência contra a mulher. Também merece destaque a redação da lei que dispõe sobre a alienação parental (Lei 12.318/2010), um dos objetos da análise do presente artigo mais adiante.

Também deve-se reconhecer a importância cada vez mais recorrente da argumentação jurídica como forma de implementação destes direitos existenciais para a vítima do dano extrapatrimonial. Isto porque a técnica argumentativa cada vez mais tem se afirmado como proposta a ser seguida, na medida em que fornece a base de toda justificção das decisões judiciais sobre o caso concreto, bem como de construção das hipóteses favoráveis e desfavoráveis de solução.

E daí o interesse pela compreensão do direito, pautado não mais nos vértices tradicionais, os quais estão relacionais mais aos horizontes da cientificidade e estrutura lógica formal do direito.

⁷De Moraes, 2009. Pg. 146

⁸Schreiber, 2013. pg. 4.

Aliás, sobre esta nota, já em 1950, em seu primeiro trabalho Chaim Perelman já tinha deixado claro que a teoria da argumentação jurídica não se confunde com a representatividade do exemplo ou a utilização da linguagem adequada ao texto jurídico, já que estas são manifestações minimizadas de uma construção teórica muito mais rica e complexa do que o que se entende por argumentação jurídica.

O jargão, a oratória e a ilustração, a percepção do senso comum, não compõem mais do que elementos meramente acessórios à argumentação. As principais características repousam sobre o processo de legitimação, que trazem coerência, que dirigem o discurso e que formulam a hipótese, sobretudo no que se refere à fundamentação das razões para então alcançar o resultado a ser aceito pelo público

Nos dizeres de Manuel Atienza, vale lembrar que argumentar é fundamentar razões para alcançar um resultado que deve ter aceitabilidade. Sendo assim, o argumento deve convencer, racionalmente, por boas razões, o interlocutor ou o auditório, enfim aquele que ouve, como faz um advogado na tribuna, quando sustenta uma tese para os desembargadores⁹.

DA RUPTURA DOS DEVERES PARENTAIS E FILIAIS – O DANO AFETIVO, ABUSO MORAL E ALIENAÇÃO PARENTAL

Partindo de uma perspectiva histórica, verifica-se que aos poucos, desde os tempos da pena de Talião (século V a. C.) até a Teoria do Risco dos dias atuais, a Teoria Geral da Responsabilidade Civil também foi alvo de gradual modificação ao longo dos tempos, sempre com vistas a afastar injustiças e proporcionar formas de reparação da vítima.

O conceito de prejuízo tem sido alargado para abranger não somente o aspecto material, mas também se reconheceu o dano extrapatrimonial, e por isso objeto de tantas discussões até os dias de hoje em torno da possibilidade da incidência da sua reparação.

Em matéria de direito de família, o princípio da proteção e assistência integral à criança, ao adolescente e ao jovem, inspiraram as normas jurídicas de forma a reconhecer o deveres da família, da sociedade e do Estado no art. 227, CF e seguintes, bem como na redação da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA), entre outros dispositivos legais, como um dos espectros da dignidade da pessoa humana.

Mas ainda que o ordenamento determine regras de conduta e convivência social, e de forma especial desenhe um novo significado sobre a valorização do homem, resultado do diálogo interdisciplinar onde o Direito estabeleceu contatos estreitos com outras ciências como a

⁹Moreira, 2012. Pg. 174.

psicanálise, a sociologia, a filosofia, entre outras para realinhar o papel do desejo, afetividade, inconsciente, e assim definir um novo conceito de sujeito de direitos, a relação entre pais e filhos nunca deixou de refletir certa tensão entre o cuidado, o amor e a imposição de limites.

Devido à esta condição especial, as crianças e adolescentes são alvos de tutela jurídica. E pelo fato de serem vistas como pessoas em desenvolvimento, a dignidade da pessoa humana será o valor a ser privilegiado em todas as relações jurídicas, inclusive nas familiares.

Para resguardá-los, o art. 2 da Lei 12.318/10 considera ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

De outro giro, o termo “alienação” tem seu significado construído conforme as áreas do saber que se debruçam sobre o tema. À luz da psicanálise, o tema é percebido por meio de atendimento clínico de crianças, adolescentes e seus pais, envolvidos em demandas judiciais e familiares, sobretudo quando se discute a guarda unilateral, a qual tende a agravar o quadro de angústia e prejuízos emocionais para os menores, vistos como objeto de disputa como se fosse um troféu¹⁰.

Informa Lenita Duarte que a expressão “alienação parental” foi importada dos EUA, a partir dos estudos do psiquiatra Richard Gardner, e está relacionada ao exercício abusivo do direito de guarda dos filhos. Convém destacar que o termo “alienação” também é adotado na psicanálise por Lacan, em O seminário – livro 11, quando ele descreve as operações de alienação e separação como constituintes do sujeito. Capturado pelo significante, pelo som das palavras que ouve, este sujeito funda-se no simbólico, na linguagem e no desejo do Outro (pai, mãe ou substituto).

Sob esta perspectiva psicanalítica, trata-se de um jogo de relações entre o sujeito e esse outro, ora alienado e separado do discurso, do desejo e do gozo. Tais operações não serão objeto do presente trabalho, e nem são objeto de análise da autora citada.

A criança e adolescente que sofrem esta situação, podem se tornar vítimas, e até mesmo carrasco de quem ama, e apresentar sentimentos contraditórios que podem leva-lo a romper o vínculo afetivo com o genitor “alienado”, ou seja, aquele que foi afastado do seu convívio, por aliar-se com o alienador.

E neste processo de distorção da realidade, o menor pode acreditar na “morte” do não guardião, a partir das mentiras e manobras psicopatológicas do guardião. Desta forma, o filho

¹⁰ Duarte, 2012. Pg. 15.

fica dependente e vulnerável aos discursos e atos do alienador, tal como um “objeto”, que visa consciente ou inconscientemente bloquear o contato do genitor alienado com aquele, interferindo no direito da convivência parental decorrente do poder familiar¹¹.

Entretanto, deve-se ter em mente a forte crítica sobre os trabalhos de pesquisa de Gardner, pois não teria considerado os estudos psicológicos realizados com filhos de pais separados e outras pesquisas científicas sobre o assunto. Da mesma forma que para este estudioso a alienação parental estaria ligada à estrutura psíquica do alienador, o que faria das mães (as guardiãs na maioria das vezes) portadoras em potencial de distúrbios psicológicos¹².

De qualquer forma, independente da atribuição de sentido que esteja relacionado com o termo “alienação”, o fato é que não se pode afastar a possibilidade de deformidade ou prejuízos até mesmo irreversíveis na formação desta pessoa em desenvolvimento, que precisa da convivência familiar para sua plena concepção enquanto sujeitos de direito.

Da interferência do genitor guardião sobre o processo de convivência do menor com o não guardião é que se observam atos típicos da tendência de dificultar, ou até mesmo impedir, os vínculos de afeto. Não por outra razão o legislador elencou como rol exemplificativo as formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, na forma do parágrafo único do art. 2, Lei 12.318/10.

É por força desta tutela jurídica sobre o interesse da criança e adolescente é que existe a proposta de inclusão da Síndrome da Alienação Parental no Manual Diagnóstico e Estatísticos de Transtornos Mentais – DGM-GV- pela Associação Americana de Psiquiatria, que resultaria em um aumento dos comportamentos e condutas vistas como transtornos psiquiátricos.

Além do mais, tal caracterização dos genitores e filhos em diagnóstico médico, indicaria a existência de uma doença, sem considerar a natural complexidade do comportamento humano¹³.

Sem intenção de exaurir o conceito do referido instituto jurídico, cabe registrar que o genitor alienador busca persuadir de todas as maneiras seus filhos a acreditarem em suas crenças e opiniões, conseguindo impressioná-los e leva-los a se sentirem amedrontados na presença do não guardião.

¹¹Duarte, 2012 pg. 16

¹² Op. cit. pg. 17.

¹³ Op. cit. pg. 17

Por conseguinte, sem contato com o “visitante” e sem compreenderem as razões do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-los, gerando um ciclo sentimental negativo protagonizado pela sensação de desamparo, entre outras repercussões sintomáticas.

Ademais, deve-se assinalar ainda que a noção de tempo do adulto é diferente para a criança e adolescente. Se o afastamento perdura por quinze dias, a perspectiva deste menor é de abandono, de não ser desejado pelo outro genitor a quem dirigia seu amor e com quem se sentia protegida.

A interpretação da distancia se amolda à traição, rejeição e desprezo, e por isso o sujeito criança/adolescente acaba por também rejeitar a presença do genitor (a) “alienado” excluído, recusando, em muitas situações, qualquer forma de contato¹⁴.

E desta forma, há uma lesão sobre os interesses/direitos subjetivos da criança/adolescente que guarda incontroverso nexos de causalidade com conduta do genitor guardião, e por isso há que se reconhecer a sua responsabilidade civil.

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS NOVOS DANOS

A Constituição de 1988 inovou o panorama do direito infanto-juvenil, sistematizado na lei 8.069/90, o qual instituiu o ECA, de forma a acompanhar as mudanças visualizadas, progressivamente, nas relações familiares. A trajetória da proteção integral à criança e ao adolescente delineou-se pouco a pouco, através de leis esparsas que reconheciam a situação peculiar de vulnerabilidade dos menores.

Acompanhando a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico, o qual deflagrou o fenômeno da *despatrimonialização* do Direito Civil, dirigiu-se uma tutela especial para a criança e ao adolescente, para prestigiar sua condição de pessoa em desenvolvimento, bem como consagrar o princípio do melhor interesse para eles¹⁵.

Como resultado imediato, tem-se a relevância das relações parentais diante do ordenamento, sobretudo o conteúdo normativo insculpido no art. 229, CF/88 que dispõe sobre o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores. Diante deste contexto, torna-se possível contribuir para o processo emancipatório da pessoa, com plena formação da sua personalidade, devendo-se vincular a atuação dos deveres inerentes à atividade educacional ao

¹⁴ Op. cit. pg. 19.

¹⁵ Tepedino, 2010. Pg. 415.

respeito às particularidades da criança e do adolescente. Assim, busca-se fornecer o discernimento capaz de transformá-los em sujeitos de seu próprio processo de desenvolvimento¹⁶.

Na atualidade, a relação entre pais e filhos tem processo dialógico próprio, o qual substitui o anterior estado de subordinação onde o filho era visto como mero sujeito passivo de mecanismos autoritários – estáticos e unilaterais – de transmissão de informações. Com isso, a relação educacional deve ser vista de forma dinâmica, para que a criança e o adolescente possam libertar-se da vulnerabilidade inerente ao natural *déficit* de maturidade que lhe é característico, prescindindo, progressivamente, da intervenção dos pais sobre seu discernimento e sua vontade, supridos, em intensidade variável conforme sua incapacidade¹⁷.

Contudo, antes desta emancipação esperada, deve-se observar o interesses destes menores sob o olhar atento à sua vulnerabilidade.

No campo do direito, o estudo da vulnerabilidade tem sido quase que exclusivamente em torno das relações de consumo, onde há referência à vulnerabilidade técnica, contábil e fática ou socioeconômica, sem entretanto distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência para maior proteção do consumidor¹⁸.

Com efeito, esta condição é reconhecida como um dom que resulta necessariamente da condição de ser humano, e que pode ser estendido a todo organismo vivo. Neste sentido, a vulnerabilidade vista por um prisma subjetivo, remete à condição de fraqueza, de vítima, mas com certa diferença quanto ao grau no surgimento do dano: a vítima já sofreu prejuízo material ou moral, enquanto o vulnerável está suscetível de ser atingido¹⁹.

De toda sorte, as incapacidades aparecem como tradução jurídica de uma vulnerabilidade antecipada pelo direito, criando uma presunção sobre este estado para categorias de pessoas, como consumidores, idosos e crianças e adolescentes, e desta forma procurar evitar a violação de seus direitos existenciais.

Por outro lado, nesta conjuntura é que o cuidado aparece como valor jurídico, pois se assim não for considerado, cria-se um terreno fértil para a banalização do sofrimento cotidiano, até alcançar o ponto de ser aceito como natural.

¹⁶ O tema abordado pelo autor destaca a participação do menor em seu processo educacional como aspecto do melhor interesse da criança. A opinião dela constituirá um dos critérios para definir o seu melhor interesse. Op. cit. pg. 416.

¹⁷ Op. cit. pg. 417.

¹⁸ Calixto, 2009, Pg. 109.

¹⁹ Op. cit. pg. 113.

E neste sentido, procura-se conferir cada vez mais proteção aos direitos e interesses da criança e do adolescente, ainda que seja necessário apontar este arsenal normativo contra aqueles que presumidamente são seus maiores guardiões: os pais²⁰.

Importante registrar que sobre o referencial de família procura-se generalizar a relação parental entre os genitores, por força do parentesco biológico, sem excluir o parentesco sócio afetivo. A intenção é de alargar cada vez mais o conceito de família que fundamente a relação parental, em todas as suas formatações: constituídas pelo matrimônio, relações extramatrimoniais, monoparentais, homoafetiva, e etc. O que se objetiva é repersonalizar as relações familiares para buscar o atendimento dos interesses mais valiosos das pessoas humanas: o afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS: CONCLUSÃO

A regra do art. 227, CF alude ao princípio do melhor interesse do menor, o qual mantém estreita relação não somente com os direitos e garantias fundamentais, mas também com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, pois recomenda ao intérprete (aos responsáveis) respeitar o processo de crescimento dos menores, de forma a promover a personalidade deles sem desconsiderar a fragilidade e a vulnerabilidade das pessoas em desenvolvimento, o que autoriza a atribuição de um regime jurídico especial de proteção.

Parece, então, que incumbe aos pais o dever de assegurar o atendimento e a efetivação de tais direitos fundamentais, sobretudo os de convivência familiar e comunitária, partindo do pressuposto basilar que para todo direito corresponde a um dever.

Tratando-se de um dever, uma eventual violação enseja a devida reparação, quando provável a ocorrência de dano afetivo e nexos de causalidade entre este e a ação ou omissão do genitor guardião, mesmo porque se encontra amparado na cláusula geral do art. 5, X, CF e art.186, CC/02, deixando ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que se refere ao mérito da tutela do interesse alegadamente lesionado²¹.

Sendo certo que a Teoria Geral da Responsabilidade Civil não resume na recomposição do dano, mas também à sua prevenção, verifica-se o caráter não só sancionatório, mas também ressarcitório, de preservação e garantia de uma existência digna.

²⁰ Neste raciocínio, a criança e o adolescente são protegidos das condutas abusivas dos pais, seja na alienação parental, como no abandono afetivo. Dias, 2013. Pg. 34.

²¹ Schreiber, apud Da Silva e Camargo Neto, 2011, pg. 28.

Portanto, ainda que na primeira vista possa atrair certa resistência, ou até mesmo repulsiva a troca do afeto pela reparação pecuniária, não se duvida do incentivo que a simples possibilidade de eventual indenização possa exercer no espírito do pai ou da mãe, recalcitrantes no desempenho de seus deveres, nem a enorme vantagem que certamente vai traduzir para os filhos.

Partindo desta premissa, temos a atuação do juiz na defesa dos direitos existenciais da criança e do adolescente, consagrando e reforçando todo o entendimento exposto no presente trabalho.

Tradicionalmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tinha como hábito afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização.

Tal argumento baseava-se no fato de que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Sustentava-se ainda que um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno.

No caso concreto, o deferimento do pedido indenizatório não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil²².

Ainda nesta esteira, ainda que se reconhecesse a paternidade, exclui-se os danos morais resultantes do abandono afetivo, sob a alegação de que não pode o Judiciário compelir alguém a um relacionamento afetivo e nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Assim, por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do CC/1916 (pressupõe prática de ato ilícito), não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação²³.

Entretanto, acredita-se que por força da promulgação da Lei 12.318/2010, o STJ assume outra postura diante das demandas indenizatórias fundamentadas no dano afetivo.

²² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411-MG. Tramite em segredo de justiça. 4ª Turma. Ministro Relator Fernando Gonçalves, DJ 27/03/2006.

²³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 514.350-SP. Tramite em segredo de justiça. 4ª Turma. Ministro Relator Fernando Gonçalves, DJ 25/05/2009.

Reconhecendo o abandono afetivo como decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável, foi decidido que o *non facere* atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. O Tribunal Superior ainda consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF.

O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae, mais relacionadas aos recursos materiais mínimos à existência*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.).

O cuidado, como já fora analisado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. Salientou-se que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos; os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Com essas e outras considerações, a 3ª Turma deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem²⁴.

²⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242-SP. Tramite em segredo de justiça. 3ª Turma. Ministro Relator Nancy Andrigli, DJ 10/05/2012.

E sem intenção de fechar a reflexão sobre o assunto, o STJ ainda se pronunciou acerca do prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo, considerando que começa a fluir com a maioridade do interessado. Isso porque não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes até a cessação dos deveres inerentes ao pátrio poder (poder familiar).

No caso, os fatos narrados pelo autor ocorreram ainda na vigência do CC/1916, assim como a sua maioridade e a prescrição da pretensão de ressarcimento por abandono afetivo. Nesse contexto, mesmo tendo ocorrido o reconhecimento da paternidade na vigência do CC/2002, apesar de ser um ato de efeitos *ex tunc*, este não gera efeitos em relação a pretensões já prescritas²⁵.

Nestes termos, cada vez mis tem-se reconhecido, tanto na doutrina como na jurisprudência, a indenização pelos danos extrapatrimoniais suportados pelos filhos vítimas de abandono afetivo.

Por fim, certos da paulatina evolução no que toca à alienação parental, é necessário repensar as razões do veto presidencial que considera desnecessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar. Em que pesem os argumentos contrários, a incidência de sanção penal não traduz necessariamente a privação da liberdade do genitor alienador, acentuando-se assim a vulnerabilidade do seu menor.

Outrossim, tem-se a previsão de outras modalidades da pena, em especial as restritivas de direitos, e ainda a possibilidade de compelir o atendimento clínico para desconstituir o quadro possessivo e exclusivista do genitor guardião que impede ou dificulta a convivência familiar do menor com o não guardião.

Aberta às eventuais e necessárias críticas, o presente trabalho científico espera-se contribuir com os ditames de proteção integral às crianças e adolescentes, sem abrir mão dos futuros instrumentos que emanem de qualquer outra área do saber.

BIBLIOGRAFIA

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da vulnerabilidade do consumidor, pg. 323-324. Apud PEREIRA, Tania da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira (coordenadores). Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.298.576-RJ. Tramite em segredo de justiça. 4ª Turma. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, DJ 06/09/2012.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coordenadores). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. 1ª edição, 2009.

_____. Dilemas de direito civil-constitucional. Casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. Manual de direito das famílias. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b.

_____. (Coord.) Incesto e alienação parental. 3ª. Ed. Revista e atualizada e ampliada. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Temas de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Direito constitucional atual. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2011.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. Apud: SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (organizadores). O direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

