

O RESP 1.159.242 – SP: A NECESSIDADE DE UM ESPAÇO DE *NÃO DIREITO* NA MODERNIDADE LÍQUIDA

RESP 1.159.242 – SP: THE NEED FOR A SPACE OF *NON-LAW* IN THE LIQUID MODERNITY

Carolina Diamantino Esser^{*}

Iana Soares de Oliveira Penna^{**}

RESUMO: o presente trabalho analisa criticamente a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito do Recurso Especial (REsp) 1.159.242 – SP, em que um pai foi condenado a pagar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à filha, em virtude de abandono afetivo. O julgamento, em abril de 2012, levantou discussão sobre a natureza jurídica do afeto no ordenamento jurídico pátrio, sendo o entendimento da corte passível de críticas sob diversos aspectos (doutrinário, jurisprudencial e sociológico). Sob o aspecto doutrinário, há o entendimento de que a natureza do afeto não admite o seu tratamento como um princípio jurídico, digno de indenização. Os Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais, por sua vez, também não vêm seguindo o STJ após a decisão em comento, sob o fundamento de que não há, em tais situações, ato ilícito que enseje o dever de indenizar. De uma perspectiva crítico-sociológica, é possível questionar a decisão do STJ a partir da teoria desenvolvida por Bauman, segundo a qual estamos inseridos na denominada “modernidade líquida”, momento em que relacionamentos e sentimentos humanos vêm sendo reduzidos a dinheiro e consumo. Dos argumentos apresentados é possível concluir pela necessidade de existência de um espaço no qual a intervenção do Direito não seja viável, pela impossibilidade de solução dos conflitos e pela necessidade de preservação da autonomia, espaço denominado por Rodotà de “espaço do não direito”.

PALAVRAS-CHAVE: Afeto. Modernidade líquida. REsp 1.159.242 – SP. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This paper critically analyses the decision of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) under the Special Appeal (REsp) 1.159.242 – SP, in which a father was ordered to pay R\$ 200,000.00 (two hundred thousand reals – about US\$106,000.00 at the time of the trial) to his daughter, because of emotional abandonment. The trial, held in April 2012, raised discussion on the legal nature of the affection in the Brazilian legal system; the way the matter was treated by that court is subject of criticism regarding several aspects (doctrinal, jurisprudential and sociological). Under the doctrinal aspect, there is the understanding that the nature of the affection does not admit its treatment as a worthy legal principle of indemnity. Also, the Courts of Justice of São Paulo and Minas Gerais, in their turn, are not following the STJ after the decision under discussion, on the grounds that in such cases there is no tort giving rise to the duty to indemnify. From a critical sociological perspective, one may question the decision of the STJ based on the theory developed by Bauman, under which

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestranda em Teoria de Direito pela PUC MG.

** Graduada em Direito pela PUC MG. Mestre em Direito pela PUC RJ. Doutoranda em Direito pela PUC MG. Bolsista da Capes.

we operate in the so-called “liquid modernity”, at which human relationships and feelings have been reduced to money and consumption. From the presented arguments we conclude there is a need for a space in which the intervention of the law is not feasible, due to the impossibility of solution of conflicts and the need of autonomy preservation. This space is called by Rodotà as “space of non-law”.

KEYWORDS: Affection. Civil Responsibility. Liquid modernity. REsp 1.159.242 – SP.

INTRODUÇÃO

A decisão proferida no julgamento do REsp 1.159.242 – SP, em abril de 2012, levantou discussão no meio jurídico sobre a possibilidade de se pleitear indenização civil em virtude do abandono exclusivamente afetivo na relação paterno-filial. Ou seja, ainda que o genitor tenha cumprido com os deveres de prover a subsistência do filho no sentido material (artigo 244¹ do Código Penal brasileiro), abriu-se a possibilidade de condená-lo à reparação civil pela ausência de afeto ao longo do crescimento de seu filho.

Apesar de existirem doutrinadores favoráveis à reparação civil, será apresentada uma crítica à decisão do STJ, bem como as implicações dessa decisão, a partir de vertentes argumentativas doutrinária, jurisprudencial e sociológica, mas, principalmente, a partir da teoria desenvolvida por Zygmunt Bauman, relacionando a questão, ainda, ao espaço do não direito, tratado por Rodotà.

1 O RESP 1.159.242 - SP

O Recurso Especial nº 1.159.242 – SP teve por relatora a ministra Nancy Andrighi e foi julgado em 24 de abril de 2012. O acórdão condenou um pai ao pagamento de indenização no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à filha, em virtude de abandono afetivo na sua infância. Na oportunidade, o ministro Massami Uyeda proferiu voto contrário.

Nancy Andrighi baseou sua decisão em alguns fundamentos. Inicialmente, afirmou que o instituto da responsabilidade civil, em que pese pertencer ao Direito das Obrigações, pode ser aplicado ao Direito de Família; mas, sem detalhamento das razões para tal aplicação. Ademais, de acordo com o referido voto, o *cuidado* foi considerado um valor jurídico

¹ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (BRASIL, 1940)

objetivo, estando incorporado de forma indireta no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no art. 227² da Constituição Federal. Ou seja, o STJ ligou o descumprimento do dever de cuidar a um ilícito civil na forma de omissão, culminando-se, desta maneira, na necessidade de reparação indenizatória.

Percebe-se que houve, na decisão, uma separação entre o amor e o dever de cuidar, sendo este último considerado como uma obrigação legal. Observa-se, nesse sentido, a seguinte passagem:

o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (BRASIL, 2012)

Nancy Andrichi tratou ainda do que denominou “núcleo mínimo de cuidados parentais”, afirmando que cabem aos pais, “ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social” (BRASIL, 2012).

O acórdão é enfático ao dizer que cabe dano moral no caso, vez que a responsabilidade civil subjetiva pressupõe dano, culpa do autor e nexo causal. Na relação entre pais e filhos haveria necessariamente um liame: “[...] a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas” (BRASIL, 2012). Portanto, a assistência psicológica dos pais aos filhos é tratada como uma obrigação jurídica inescapável.

Além disso, o acórdão rebate a afirmação de que a perda do poder familiar seria sanção suficiente ao abandono afetivo, devendo estar presente, ainda, a reparação civil:

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. (BRASIL, 2012)

Conforme já exposto, o caso em tela foi julgado em 2012. Mas, tomando-se por base a pesquisa realizada por Xavier (2012, p.124), antes mesmo da decisão já havia doutrinadores de renome favoráveis à reparação civil:

A favor da reparação civil por abandono afetivo nas relações paterno filiais destacam-se nomes como Maria Isabel Pereira da Costa (2005, p. 20-39), Rodrigo

² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Cunha Pereira (2003b), Rolf Madaleno (2009), Tânia da Silva Pereira (200, p.215-234), Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 138-158), Maria Celina Bodin Morais (2006), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007) e Maria Berenice Dias (2007).

Neves (1999, p. 108), por exemplo, nos informava que “Na hipótese de abandono afetivo, fica caracterizado o dano moral sofrido pelo filho, que independe de avaliação psicológica, pois se tem admitido o caráter objetivo do dano moral”.

Em que pesem tais opiniões, iremos, partindo de concepções doutrinárias, jurisprudenciais e sociológicas, de encontro à tal decisão.

1. 1 O VOTO DA RELATORA

O voto proferido pela ministra Nancy Andrighi no julgamento do caso em tela encontra-se dividido em três partes: “(1) da existência do dano moral nas relações familiares”; “(2) dos elementos necessários à caracterização do dano moral”; e, “(3) do valor da compensação”. A segunda parte se subdivide em: “(2.1) da ilicitude e da culpa” e “(2.2) do dano e do nexo causal”. A seguir serão debatidos os argumentos apresentados pela ministra e as razões pelas quais se discorda de seus fundamentos.

Na primeira parte do voto [“(1) da existência de dano moral nas relações familiares”], a ministra afirma ser possível a caracterização do dano moral nas relações familiares, fundamentada no fato de não existir, no ordenamento jurídico pátrio, restrição à aplicação das regras da responsabilidade civil às questões intrafamiliares, sendo a matéria regulada de maneira ampla e irrestrita nos dispositivos legais pertinentes (menciona os seguintes dispositivos: art. 5º, V e X³ da Constituição Federal e artigos 186 e 927⁴ do Código Civil de 2002). Afirma também, rebatendo o argumento do pai/recorrente, que a perda do pátrio poder⁵ não afasta a possibilidade de indenização por dano moral.

Quanto ao argumento da inexistência de vedação legal, apesar de não haver dúvida quanto à não existência da vedação de forma expressa, o argumento utilizado é frágil. Os

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

⁵ Apesar de julgado em 2012, ainda há referência ao termo “pátrio poder”, utilizado no Código Civil de 1916. No presente trabalho será usado o termo “poder familiar”, por ser a expressão adotada pelo Código Civil de 2002 a que mais se adéqua ao instituto, apesar de também não ser isenta de críticas.

dispositivos constitucionais mencionados apenas preveem a possibilidade de indenização por dano moral, enquanto os do Código Civil disciplinam a responsabilidade civil. O fato de ser reconhecida constitucionalmente a possibilidade de indenização por dano moral não implica em sua aplicação às questões familiares. Ademais, os dispositivos do Código Civil, apesar de não serem aplicados de forma exclusiva às questões patrimoniais, tiveram nelas, originariamente, seu fundamento. Sua aplicação a questões de ordem existencial, apesar de possível, deve ser fundamentada.

Já outro argumento da ministra, de que o poder familiar não afasta a possibilidade de indenização por dano moral, procede. Realmente, uma coisa não implica outra. O pai, ao ser destituído do pátrio poder, não fica isento de responsabilidades. Mas, o fundamento para o não cabimento da indenização está na não configuração do ato ilícito – conforme veremos adiante – e não no fato de já existir ou poder existir uma punição (destituição do poder familiar).

Na segunda parte do voto [“(2) dos elementos necessários à caracterização do dano moral”], a ministra analisa os fundamentos da responsabilidade civil – “ato ilícito, dano e nexo causal”, dividindo sua argumentação em duas partes: “(2.1) da ilicitude e da culpa” e “(2.2) do dano e do nexo causal”.

Quanto ao primeiro argumento (2.1), a ministra utiliza as seguintes razões para demonstrar a ilicitude e a culpabilidade da conduta do pai/recorrente: existência de uma obrigação legal de “cuidar” e caracterização de ato ilícito quando não há afeto. Para ela, a “comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão.” (BRASIL, 2012). E ainda, quanto à culpabilidade, apesar de reconhecer a possibilidade de existirem situações que diminuam a culpa pelo abandono afetivo, acredita que, mesmo quando comprovadas, tais situações não eximem do dever de cuidar. Nas palavras da ministra,

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não tolda plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar. (BRASIL, 2012)

No que diz respeito à ilicitude ou não da conduta do pai/recorrente, que não teria agido de forma afetiva com relação à filha/recorrida, entende-se residir neste ponto da discussão o principal argumento contra a possibilidade de indenização no caso em tela, razão pela qual será dada maior relevância a este ponto. Para se discutir a existência ou não de ato

ilícito a ensejar condenação ao pagamento de indenização, faz-se necessário identificar qual a natureza jurídica do afeto no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de se estar de acordo em ser o afeto inerente às relações familiares – sejam entre irmãos, pais e filhos, cônjuges ou companheiros, ou em quaisquer outras –, sendo de extrema importância em todas elas, devemos questionar o seguinte: é o afeto um princípio jurídico? De acordo com Lana; Rodrigues Júnior (2010, p. 266. Grifos do autor), “Princípios pertencem ao plano deôntico, cujo conceito principal é o de *dever*-ser, o que induz a uma avaliação de lícito e ilícito. Valores, por sua vez, pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o *bom* [,] e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior.”

Basta essa diferenciação para que seja possível concluir que o afeto é um valor, e não um princípio jurídico como defendem alguns. O ideal, o desejável, é que exista afeto em todas as relações familiares, mas o fato de não haver não significa a caracterização de um ato ilícito. Segundo os mesmos autores acima mencionados,

As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso, exatamente porque o dever-ser o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo como obrigatório. (LANA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 266-7)

Pelo motivo acima exposto, é possível concluir não ser o afeto ou a afetividade um princípio jurídico, mas sim, um valor. Pode-se afirmar ainda que a principal característica do afeto é a espontaneidade, não sendo possível falar em *dever* de afeto.

Já que a afetividade não pode ser entendida como um princípio jurídico, Xavier (2012, p. 90) também a classifica como um valor:

Assim, os valores inspiram os comportamentos dos seres humanos ao mesmo tempo [em] que servem como parâmetro avaliativo das condutas de outrem. Como consequência deste entendimento, conclui-se que os valores, as normas e as sanções de uma cultura caminham lado a lado, com suas frequências diretamente relacionadas (SCHAEFER, 2006, p. 66). É claro que a afetividade, dada sua importância na configuração das unidades familiares atuais, não escapa a este conceito e entendimento acerca de um valor.

De acordo com Codo; Gazzotti apud Xavier (2012, p. 48), a afetividade pode ser compreendida como o “conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre de impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou de tristeza”. Em complemento, Rodrigues apud Xavier (2012, p. 57), afirma que “[...] um comportamento afetivo é uma resposta a ambientes que permitam o surgimento de laços fraternos bem como a

demonstração do carinho ou o amor pelo próximo". O afeto é compreendido, portanto, como um sentimento pessoal, individual e espontâneo.

Uma das características latentes do afeto, segundo a pesquisa desenvolvida por Xavier (2012, p. 58), é a sua espontaneidade, isto é, um sentimento que se manifesta pela vontade do sujeito:

[...] a exteriorização de algo diverso daquilo que realmente se sente, não configura um comportamento afetivo, mas simplesmente um agir orientado por interesses pessoais. Em muitas situações da vivência social, particulares, visando a atender interesses próprios, agem manifestando algo diverso do que se sente. Trata-se de um comportamento guiado pelo campo da Ética, que se divide em Direito, Moral e Costumes (SANTOS, 2001, p. 72). Portanto, conclui-se pela espontaneidade e liberdade do comportamento afetivo, já que o mesmo determina perfeita equivalência daquilo que se sente. Um comportamento que vise atender interesses ou finalidades, não designa um agir espontâneo, mas uma ação racionalmente orientada.

Xavier (2012, p. 66) aduz ainda que:

No estudo da afetividade, pelas ciências psicológicas, todas as doutrinas analisadas concluíram que a afetividade, do mesmo modo que a racionalidade, é inerente a todo ser humano, de forma que todas as pessoas apresentam a capacidade para afetar, bem como para serem afetadas. É um atributo do ser humano indispensável à formação da personalidade; uma potencialidade humana. Refere-se, portanto, a uma subjetividade nata por se tratar de processos interiores da personalidade, que não se submetem a uma vontade externa.

A partir da caracterização do afeto como um sentimento humano espontâneo, Xavier (2012, p. 84) bem afirma que não há como prosperar o seu enquadramento, proposto por alguns civilistas, como princípio jurídico. Ora, justamente pela sua natureza de sentimento humano, sob um viés psicológico, ele não traz fundamentos essenciais a institutos jurídicos:

Tratar a afetividade como um comando principiológico seria considerá-la obrigação imposta a toda a sociedade, assim como as demais regras positivadas nos diplomas legais vigentes. Contudo, o afeto não pode ser considerado um dever nas relações paterno-filiais, mas apenas um valor que se agrega às unidades familiares. Embasando-se nas ciências psicológicas, vislumbra-se a afetividade como uma potencialidade humana que se desenvolve em diferentes graus nos indivíduos [...] (XAVIER, 2012, p. 84)

Adicionalmente,

Contudo, cabe aqui a seguinte ressalva: não se defende, neste estudo, a hipótese de que, se positivados em um texto de Lei a existência do direito da afetividade e o consequente dever contraposto, finalizada estaria a polêmica acerca do abandono afetivo, sendo legítima a responsabilização. O que se sustenta é a total falta de adequação do valor do afeto em uma norma jurídica, dada a natureza subjetiva deste sentimento humano. Portanto, inconcebível é a existência do preceito normativo. (XAVEIR, 2012, p. 114)

Por tudo isso, a afetividade não deve ser necessariamente tutelada pelo sistema jurídico, justamente por se tratar de um fenômeno íntimo e psíquico do sujeito. Xavier (2012, p. 50), citando Furtado (2002, p. 16), bem argumenta que:

[...] não compete ao Direito definir a afetividade, sendo tal incumbência atribuída às ciências psicológicas. Quando o afeto é colocado sob discussão nos tribunais “se faz necessário que o Direito se valha de um intercâmbio interdisciplinar com outros ramos da ciência, a fim de tentar, para além de solucionar a lide, estabelecer a verdade do que é a relação paterno-filial.”

Antes mesmo da decisão proferida pelo STJ, a melhor doutrina já seguia contrária ao dever da afetividade:

Contrários ao dever da afetividade também se posicionam doutrinadores e juristas como Wesley Louzada Bernardo (2008, p. 475-500), Leonardo Castro (2007, p. 9-10), Breno Mendes Forel Muniz Vianna (2008, p. 453-84), Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010, p. 589-94). (XAVIER, 2012, p. 124)

Dessa forma, mais uma vez discorda-se do fundamento apresentado pela ministra para a caracterização do ato ilícito. Entende-se não ser a afetividade um princípio jurídico, mas sim um valor, não havendo que se falar em ato ilícito no caso em estudo. Uma vez que não está caracterizado o ato ilícito, está ausente um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil e, em consequência, é incabível o pagamento de indenização por abandono afetivo – “No Estado Democrático de Direito as decisões devem ser jurídicas e nunca morais, eis, então, o maior obstáculo à admissão da reparação por dano moral diante do abandono afetivo nas relações paterno-filiais.” (LANA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 268).

Retornando aos argumentos apresentados no voto da ministra Nancy Andrighi: quanto à culpabilidade, o voto desconsiderou a conduta da mãe no presente caso. Ficou comprovado nos autos e serviu de fundamento para a decisão de primeira instância – que entendeu pelo não cabimento da indenização – o comportamento agressivo da mãe em relação ao pai/recorrente. Não que tal fato pudesse influir para que houvesse ou não condenação, mas, nos termos em que foi fundamentado o voto, tal fato não poderia ter sido desconsiderado.

Já para demonstrar a ocorrência do dano e do nexo causal (2.2), o voto reconhece a importância de um laudo feito por especialista, mas afirma que esse não deve ser o único meio de demonstrar a ocorrência do dano. A ministra entende ter havido dano moral devido aos sentimentos experimentados pela filha/recorrida: “não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada

filha de segunda classe” (BRASIL, 2012). No que diz respeito ao nexo causal, atribui-se que há ligação entre a conduta do pai/recorrente e o dano moral sofrido pela filha, afirmando-se:

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida 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. (BRASIL, 2012)

No que diz respeito à ocorrência do dano, há a presunção, por parte da julgadora, de que a presença paterna é indispensável para o desenvolvimento de uma criança, e de que a ausência de afeto por parte do pai ou da mãe necessariamente implicaria em danos de natureza moral. Discorda-se desta posição, pois, para acatá-la, teríamos que presumir também que toda criança criada por apenas um dos pais – seja porque um deles já faleceu, seja por outra questão fática – teria o desenvolvimento de sua personalidade comprometido. Ademais, ressalte-se o que consta do próprio voto:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constatado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. (BRASIL, 2012)

Quanto ao nexo de causalidade, discorda-se do fato de se atribuir exclusivamente ao pai o suposto dano moral sofrido pela filha. Não há como, na sociedade em que vivemos e tendo-se em vista a complexidade das relações interpessoais, e ainda que se conclua pela existência do dano moral, atribuir como sua exclusiva causa a conduta do genitor.

Além disso, Xavier (2012, p. 64) chama atenção para o fato de que a ausência de um dos pais não necessariamente acarretará danos psicológicos à criança, vez que toda a composição familiar é responsável pela saudável formação psicológica do filho, podendo um ou outro, pai ou mãe, ou mesmo outro familiar, realizar todos os cuidados necessários à formação da criança:

Portanto, conclui-se que as atuais configurações familiares e os novos papéis que o homem e a mulher têm ocupado na sociedade contribuem para que os casos clínicos, principalmente quando se trata de um dano por abandono afetivo, estejam focados em um ambiente não propício ao amadurecimento social. O afeto necessário ao pleno desenvolvimento de uma criança é uma afetividade entendida em um sentido lato. A ausência de um pai representa a falta de um dos componentes familiar, mas não automaticamente um filho que crescerá sem afeto.

O terceiro item do voto [“(3) do valor da compensação”] não será comentado no presente trabalho, por não ser este o objeto de estudo. Não será discutido o *quantum*

indenizatório, já que, diante dos argumentos acima expostos, entende-se não cabível, no caso analisado, a indenização nos termos expostos pela ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1.159.242 – SP. Isso não significa que não seja possível, em determinados casos, falar-se de indenização por dano moral com fundamento em atos praticados pelos pais. O que se afirma aqui é a impossibilidade diante do abandono afetivo, o que não impede que em outras situações, como violência física ou sexual, humilhação, entre outras, possa ser caracterizada a responsabilidade civil do pai ou da mãe.

Ademais, há que se pensar nos reflexos que possam advir de tal entendimento, como exposto por Lana; Rodrigues Júnior (2010, p. 272), ao enumerarem algumas situações que podem ser influenciadas pelo caso em tela:

Além disso, é importante examinar questões análogas que podem advir da admissão ampla da responsabilidade civil por abandono afetivo, gerando intermináveis – e por vezes incoerentes – situações. Pondere-se, por exemplo, sobre a mãe que, amparada pelo ordenamento jurídico, opte por fazer uma “produção independente” por meio de inseminação artificial. Sabe-se que, nesses casos, a identidade do doador é mantida em sigilo. Decorreria desse fato responsabilidade civil da mãe que privou o filho da figura paterna?

Há que se pensar, ainda, no caso da mãe solteira que não sabe quem é o pai de seu filho. Seria hipótese passível de gerar responsabilização civil da genitora? Ou, quem sabe, ao Direito seria legítimo imputar responsabilidade civil ao pai que, apesar de presente, comporta-se de forma potencialmente nociva ao filho? Nesse caso, haveria uma tabela de maneira a permitir atribuir nota de 0 a 10 para a atuação dos pais? Finalmente, considerando que aos avós também é garantido direito de visitar os netos, poderiam esses ascendentes também ser responsabilizados civilmente caso, havendo possibilidade, não convivam com os descendentes?

De mais a mais, a pesquisa desenvolvida por Xavier (2012, p. 126) nos recorda que há no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos que incentivam o contato dos pais com seus filhos, sem que isso tenha que culminar numa reparação indenizatória:

[...] normas de direito de família que estabelecem o direito de visita, ou mais recentemente a guarda compartilhada em caso de separação do casal; regramentos que coibem a chamada alienação parental; preceitos que extinguem o poder familiar em casos de abusos contra a criança ou mesmo dispositivos que exigem a manutenção e o sustento do menor são exemplos clássicos de comportamentos pró-afetivos. São obrigações e direitos impostos pela lei que visam resguardar o valor da afetividade.

Além dos argumentos doutrinários aqui trazidos, vimos, em pesquisa jurisprudencial realizada nos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais, um reforço da presente linha argumentativa, refutando-se a decisão do STJ, conforme se verá na próxima seção.

2 A REPERCUSSÃO DO JULGAMENTO

A decisão do STJ ocorrida em abril de 2012 não convenceu a integralidade dos tribunais do Brasil. Usaremos como base algumas decisões proferidas desde abril de 2012, após a decisão do STJ, até julho de 2013, nos Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo e Minas Gerais, que traziam em sua ementa o termo *abandono afetivo*.

Com o julgamento do REsp nº 1.159.242 – SP, o STJ mudou o seu entendimento, mas não convenceu os tribunais inferiores supracitados, conforme constam das decisões abaixo.

Antes de passar-se à análise das decisões, destaca-se que em 2005, pela primeira vez, uma ação pleiteando indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo na relação paterno-filial foi analisada pelo STJ, que se manifestou pela impossibilidade de condenação, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2005)

Em apelação julgada em 15 de maio de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em acórdão que teve por relator Beretta da Silveira, julgou improcedente ação de indenização por dano moral, com fulcro em abandono afetivo, emocional e psicológico, considerando a ausência de ilícito civil:

De proêmio, insta consignar que não há valor no mundo capaz de reparar a dor íntima do abandono, especialmente da figura do pai, que deveria ser provedor não apenas material, mas de carinho e atenção. Contudo, respeitados os sentimentos dos recorrentes, não há como imputar ao apelado a responsabilidade que lhe foi atribuída. Isso porque embora, ao contrário do afirmado pelo julgador de primeiro grau, possa haver, na espécie, dano (o sentimento de rejeição proveniente da figura paterna é muito forte e certamente produz inegável sofrimento) e nexo de causalidade entre ele e a conduta do réu (que deu mesmo odioso tratamento diferenciado aos autores em comparação com outros filhos), ainda falta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o terceiro pressuposto para seu reconhecimento, que é o ato ilícito do agente. Ninguém é obrigado a amar ninguém, nem mesmo os filhos! (SÃO PAULO, 2012)

Em março de 2013, ainda no TJSP, em acórdão que teve como relatora a desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone, não foi dado provimento à apelação – que também pleiteava indenização por abandono afetivo – sob o argumento de que o afeto está muito além do que o Direito poderia regulamentar, sendo uma questão de foro íntimo:

Como bem salienta o MM. Juiz de 1^a instância na r. sentença, a questão afetiva é mais complexa que uma compilação de leis que visam a proteção da família, de

crianças e adolescentes ou mesmo da dignidade da pessoa humana, não cabendo, portanto, ao Poder Judiciário compelir alguém a amar ou demonstrar afeto por outrem, sendo sua atribuição a análise da conduta e suas eventuais consequências.

Atualmente, o tema é controvertido, mas inegável que, embora o amor e afeto dos pais decorram naturalmente das relações de filiação, o distanciamento entre pais e filhos não é capaz de gerar, por si só, responsabilização civil que embase uma condenação pecuniária por ato ilícito. (SÃO PAULO, 2013b)

Em 4 de junho de 2013, o desembargador relator Luiz Antonio de Godoy também negou provimento à apelação, endossando os argumentos anteriores:

Segundo se nota, em que pese toda a dor manifestada pela recorrente, em verdade não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de reparação indenizatória. Não há como o Poder Judiciário impor a alguém que dê afeto e carinho a outrem, sendo que eventual condenação do pai em indenizar a filha por esse fato não traria benefício algum à relação já abalada de ambos. Prestar-se-ia, isto sim, a romper de vez eventuais tênues laços que ainda os pudessem ligar. Ficaria, na melhor das hipóteses, reduzida ao extremo a possibilidade de retomada de convivência familiar, vindo a ser afrontados, até mesmo, mandamentos constitucionais destinados à proteção desse grupo. (SÃO PAULO, 2013a)

Nota-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) também vem rejeitando a reparação civil em virtude de abandono afetivo. Nessa linha, em julgamento de apelação realizado em 22 de maio de 2012, consta do voto do desembargador relator Gutemberg da Mota e Silva:

No entanto, a negativa de assistência emocional e material do pai ao filho, ou qualquer outro tipo de privação por ele sofrida em decorrência da ausência paterna – embora sejam lamentáveis e causem mágoas e ressentimentos imensuráveis – não caracterizam, por si só, dever de indenizar. (MINAS GERAIS, 2012)

O TJMG manteve tal entendimento em julgado de 7 de fevereiro de 2013, assim decidido:

Deve-se ressaltar que também não gera o dever de indenizar a ruptura do relacionamento afetivo havido entre a primeira apelante e o apelado, sendo irrelevante o motivo que tenha ensejado o rompimento. A propósito:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROMPIMENTO DE RELACIONAMENTO AMOROSO - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - DANO MATERIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EFETIVA - SENTENÇA MANTIDA. – A ruptura de um prolongado e estreito relacionamento afetivo, qualquer que seja o fato motivador, gera mágoa, raiva, sensação de abandono, frustração de sonhos e expectativas, contudo, tais fatos não são aptos a ensejar o dever de reparação. - O dever de indenizar estaria presente se verificado que houve abuso ou ato exagerado por parte do agente, violência física, moral, atentado contra a honra e a dignidade, externados no modo como for finalizado o relacionamento, o que não é o caso dos autos. Para o deferimento da indenização por danos materiais é imprescindível a prova concreta dos efetivos danos, sendo este ônus do autor, nos termos do art. 333, I do CPC”. (MINAS GERAIS, 2013)

Sendo assim, da análise realizada na jurisprudência dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo, nota-se a rejeição do cabimento de responsabilização civil em

virtude de abandono afetivo. Em complemento, apresentaremos na próxima seção mais uma crítica à decisão em comento, desta vez sob um viés sociológico.

3 UMA CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DE ZYGMUNT BAUMAN

O sociólogo Zygmunt Bauman estuda um fenômeno, para ele, latente na atualidade, decorrente de um dos efeitos do capitalismo. É a denominada *liquidez* da pós-modernidade: “O paradoxo inerente do capitalismo é, a longo prazo, sua perdição: o capitalismo é como uma cobra que se alimenta do próprio rabo” (BAUMAN, 2007, p. 33). Entendemos que referido instituto está diretamente relacionado à decisão do STJ em tela. Quando um filho pretende receber uma indenização pela ausência de um dos pais na sua criação, *monetariza-se* um sentimento espontâneo e individual, construído naturalmente entre pais e filhos, pretendendo-se compensar, mediante uma indenização civil, a ausência do pai.

Bauman conceitua nossa época como *modernidade líquida*, momento em que os indivíduos têm se relacionado uns com os outros de maneira passageira e frágil, evitando a formação de laços verdadeiros e perenes. Isso porque o homem passa a considerar o seu semelhante como um objeto de consumo, facilmente descartável. Ou seja, tudo o que é humano pode ser reduzido à condição de produto numa prateleira. Em vista disso, algo que é líquido não mantém sua forma com facilidade, molda-se conforme o recipiente em que estiver contido:

O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço e nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo [...], os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la. (BAUMAN, 2001, p. 8)

Para Bauman (2007, p. 7), a modernidade está líquida, “[...] as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo”. Os relacionamentos humanos transformaram-se em mercadoria, isto é, são descartados de modo constante, como se fossem objetos de consumo:

Um encontro face a face exige o tipo de habilidade social que pode inexistir ou se mostrar inadequado em certas pessoas, e um diálogo sempre significa se expor ao desconhecido: é como se tornar refém do destino. É tão mais reconfortante saber que é a minha mão, só ela, que segura o mouse e o meu dedo, apenas ele, que repousa sobre o botão. [...]

Faz sentido, portanto, imitar o suposto hábito do avestruz de enterrar a cabeça na areia e desviar ou baixar os olhos. Não olhando o outro nos olhos, torno meu eu interior (para ser mais exato, meus pensamentos e emoções mais íntimos) invisível, inescrutável...

Agora, na era dos desktops, laptops, dispositivos eletrônicos e celulares que cabem na palma da mão, a maioria de nós tem uma quantidade mais do que suficiente de areia para enterrar a cabeça (BAUMAN, 2008, p. 27).

A liquidez das relações relaciona-se à ocorrência do denominado “capitalismo parasitário”, que colabora para o tratamento de relações humanas como objetos descartáveis. O mercado estaria se acoplando aos indivíduos consumidores como um parasita. A ideologia da compra a crédito desenvolve nas pessoas a necessidade de comprar e descartar produtos em um ciclo vicioso interminável:

Nas lojas, as mercadorias são acompanhadas por respostas para todas as perguntas que seus potenciais compradores poderiam desejar fazer antes de tomarem a decisão de adquiri-las, mas elas próprias se mantêm educadamente silenciosas e não fazem perguntas, muito menos embaraçosas. As mercadorias confessam tudo que há para ser confessado, e ainda mais – sem exigir reciprocidade. Mantêm-se no papel de “objeto” cartesiano – totalmente dóceis, matérias obedientes a serem manejadas, moldadas e colocadas em bom uso pelo onipotente sujeito. Pela simples docilidade, elevam o comprador à categoria de sujeito soberano, incontestado e desobrigado – uma categoria nobre e lisonjeira que reforça o ego. (BAUMAN, 2008, p. 26)

O capitalismo parasitário produz indivíduos eternamente devedores, cujos credores se nutrem com os juros pagos:

A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing do cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem). Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. (BAUMAN, 2008, p. 31)

Mas quais seriam as causas dos referidos acontecimentos? Ao tratar sobre a modernidade líquida e o capitalismo parasitário, Bauman (2007, p. 9) nos explica que tais fenômenos surgem na medida em que a sociabilidade humana experimenta neste século uma transformação – o indivíduo, na qualidade de sujeito de direitos, busca afirmação no espaço social, tendo que enfrentar estruturas de disputa e competição antes inexistentes:

A exposição dos indivíduos aos caprichos dos mercados de mão de obra e de mercadorias inspira e promove a divisão e não a unidade. Incentiva as atitudes competitivas, ao mesmo tempo em que rebaixa a colaboração e o trabalho em equipe à condição de estratégias temporárias que precisam ser suspensos ou concluídos no momento em que se esgotarem seus benefícios.

Nesse cenário, a solidariedade coletiva cede espaço à força da inimizade.

Ademais, de acordo com a teoria baumaniana, vivemos em um ambiente de permanente incerteza, pois os sistemas de proteção estatal estão enfraquecendo, o que nos deixa cada vez mais sujeitos a intempéries:

Estes tempos nos oferecem liberdade de escolha jamais gozada antes, mas também nos lançam em estado de incerteza que jamais foi tão angustiante. Ansiamos por guia no qual possamos confiar e sobre o qual possamos nos apoiar, de tal forma que de nossos ombros se possam retirar algo da assombrosa responsabilidade por nossas escolhas. Mas as autoridades, em que podemos confiar, são todas contestadas, e nenhuma parece ser bastante poderosa para nos oferecer o grau de segurança que buscamos. No fim, não confiamos em nenhuma autoridade, pelo menos, não confiamos em nenhuma plenamente, e em nenhuma por longo tempo: não podemos deixar de suspeitar de qualquer pretensão de infalibilidade. Este é o aspecto prático mais agudo e importante do que justamente se descreve como a “crise moral pós-moderna”. (BAUMAN, 1997, p. 28)

Dessa maneira, na pós-modernidade, a responsabilidade por eventuais fracassos volta-se à órbita individual do homem, o que fomenta sua sensação de insegurança:

Como observou Castells, a marca cada vez mais conspícuia de nossa época é a intensa (poderíamos dizer: compulsiva e crescentemente obsessiva) “produção de significado e identidade: meu vizinho, minha comunidade, minha cidade, minha escola, minha árvore, meu rio, minha praia, minha capela, minha paz, meu meio ambiente”. “Indefesas diante do turbilhão global, as pessoas se aferram a si mesmas.” E deixem-me observar que, quanto mais “se aferram a si mesmas”, mais “indefesas diante do turbilhão global” elas tendem a ficar, e, portanto, menos capazes de decidir, que dirá afirmar, os significados e as identidades locais, que aparentemente são seus – para grande satisfação dos operadores globais, que não têm motivo para temer os indefesos. (BAUMAN, 2007, p. 89)

Além disso, ocorre o fim da perspectiva do planejamento em longo prazo, de modo que

Um imediato e profundo esquecimento de informações defasadas e o rápido envelhecimento de hábitos pode ser mais importante para o próximo sucesso do que a memorização de lances do passado e a construção de estratégias sobre um alicerce estabelecido pelo aprendizado prévio. (BAUMAN, 2007, p.10)

Dessa maneira, o homem pós-moderno vive a emancipação, isto é, tem um caminho infindável de oportunidades, desejos e realizações a serem perseguidas continuamente. Todavia, traz consigo novos desafios que culminam em um ambiente de incerteza. Isso pode ser resumido, segundo Bauman (2007), na maior frustração do indivíduo consumidor: não é a falta do produto, mas sim a multiplicidade de escolhas disponíveis.

Sendo assim, o indivíduo é incapaz de parar, deve estar em constante movimento. Não há adiamento da satisfação, o mercado a crédito permite que o homem realize todos os desejos aqui e agora. De acordo com Fortes (2009, p. 1127-8),

[...] o sujeito atual organiza-se a partir do eixo individualista-hedonista, e o sofredor não se encaixa nos moldes atuais de exaltação do eu e exibicionismo. Vemo-nos acossados pela obrigação de ser feliz. [...] Com efeito, a cultura do hedonismo está intrinsecamente associada à sociedade do consumo. Nossa dever é ser feliz e a felicidade implica o consumo. [...] Nesta lógica, há uma redução absoluta da figura da alteridade, pois mesmo outro ser humano pode tornar-se objeto de consumo, servindo assim como mero instrumento para o prazer egóico do sujeito. Neste contexto, o outro só existe enquanto reforçar a autoexaltação narcísica do sujeito, como meio para alimentar o eu, e não como relação de alteridade. Como um objeto de consumo qualquer, o outro da relação pode ser também rapidamente descartável. Há, assim, uma relação predatória do outro, que só existe de forma “útil”, na medida em que é fonte de prazer para o eu, afirmando-se aqui o utilitarismo nas relações interpessoais, que prega que o outro pode ser reduzido a mero objeto de troca.

No tocante ao tempo e ao espaço, Bauman discorre que as cidades atuais contribuem para o processo de liquidez dos relacionamentos humanos. As cidades funcionam como palcos onde usamos máscaras, sem qualquer pretensão de diálogo uns com os outros. O consumidor é um indivíduo solitário e saciado momentaneamente por bens materiais, tratando os outros indivíduos como bens de consumo descartáveis.

Partindo da breve exposição da modernidade líquida, disposta acima, entendemos que há reflexos da liquidez na decisão do REsp 1.159.242 – SP, em análise neste trabalho. Conforme vimos, o STJ posicionou-se no sentido de indenizar filhos que foram privados do contato com o pai no seu desenvolvimento, ainda que referido pai tenha arcado com todos os custos materiais da criança. Isto é, *precificou-se* a falta de amor e cuidado que o filho não teve de seu ascendente, compensando referida ausência por meio de uma indenização em dinheiro. Ora, estaria a liquidez invadindo nossos tribunais? Não estaria o Judiciário contribuindo para a *precificação* de insatisfações deste indivíduo pós-moderno que não sabe lidar com suas perdas? O tratamento do outro como um objeto quantificável monetariamente, e dos sentimentos envolvidos nas relações humanas e familiares de modo materialista, não estaria sendo defendido nos nossos tribunais?

4 UMA CRÍTICA A PARTIR DO “ESPAÇO DO NÃO DIREITO” DE RODOTÀ

Como dito no tópico anterior, a busca por indenização, com fundamento na falta de afeto decorrente da ausência de um dos pais, representa a tentativa de monetarização desse sentimento, que é espontâneo e individual. Assim, conclui-se haver, na pretensão da filha de ver sua dor *precificada* e indenizada, grande influência daquilo que Bauman chamou de liquidez da pós-modernidade.

Esse fato demonstra a busca por soluções imediatas para problemas pessoais advindos do dia a dia dos indivíduos, fazendo com que as pessoas recorram ao Judiciário,

buscando respostas que muitas vezes vão além do que é possível ao Direito. A juridicização das relações, anteriormente mediadas por instituições como a Igreja e a família, demonstra a perda de espaço ou de influência dessas instituições e a necessidade de se repensar o papel do Direito na sociedade.

É fato que o que hoje se busca é uma visão do Direito que valorize a liberdade, a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, mas devemos nos questionar até que ponto essa ciência é capaz de oferecer soluções. Em um momento de grandes avanços científicos, tecnológicos e sociais, questiona-se o papel do Direito na solução de questões íntimas antes confiadas a outras instituições. É preciso que se defina o verdadeiro alcance do Direito, sob pena de haver uma invasão da esfera privada, com impacto diretamente sobre a liberdade e a autonomia das pessoas.

Rodotà, na obra *A vida e as regras*, questiona o atual papel do Direito, formulando as seguintes questões, apresentadas por José Luis Piñar Mañas, que prefacia a obra:

¿Acaso puede el derecho invadir todos los rincones de la vida? ¿Es que no hay nada que le sea ajeno? ¿Debemos resignarnos a quedar atrapados <<en la jaula de hierro de una omnipresente e invasiva dimensión jurídica>>? (25). En una *law-saturated society*, ¿hasta dónde puede llegar el derecho en nuestras vidas? He aquí algunos de los interrogantes que Stefano Rodotà se plantea en *La vida y las reglas*.

[...]

¿Cuáles son las áreas en las que puede intervenir legítimamente la norma jurídica? ¿Cuáles son, en definitiva, los límites del derecho?

[...]

¿Cuáles son los casos en que no es posible imponer un límite a la conciencia?, ¿Cuáles las consecuencias de la incorporación al derecho de la dimensión de la identidad subjetiva?, ¿cuáles son y deben ser las relaciones entre la vida y el derecho?⁶ (RODOTA, 2010, p. 12)

Da análise do REsp 1.159.242 – SP, chegou-se à conclusão de que a solução encontrada no julgamento não atende aos anseios sociais e não resolve a questão particular, além de abrir margem a uma série de outras questões que não podem ser solucionadas pelo Direito. No caso em tela, concluiu-se e demonstrou-se que “o direito não possui meios e, menos ainda, legitimidade, para resolver a falta de afeto nas relações familiares” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2009, p. 267). É necessária e legítima a busca de respeito por uma

⁶ A lei pode invadir todos os cantos da vida? Não há nada que lhe seja estranho? Será que devemos nos resignar a ser presos << na gaiola de ferro de uma dimensão jurídica generalizada e invasiva? >> (25). Em uma *law-saturated society*, até onde pode chegar o direito em nossas vidas? Aqui estão algumas das questões apresentadas por Stefano Rodotà em *A vida e as regras*. [...] Quais são as áreas nas quais pode legitimamente intervir a norma legal? Quais são, em suma, os limites do direito? [...] Quais são os casos em que não é possível impor um limite à consciência? Quais são as consequências da incorporação do direito na dimensão da identidade? O que é que deve ser a relação entre a vida e o direito? (Tradução livre)

esfera de liberdade e autonomia que marque o “até aqui e não mais além do direito” (RODOTÀ, 2010, p. 14).

Para Rodotà, o grande desafio é sair do Direito e regressar à vida. Devemos reconhecer a incapacidade do Direito para solucionar questões como a falta de afeto:

não se recomenda a responsabilização civil dos pais que não expressam amor pelo filho, por não ser essa a maneira adequada de solucionar impasses decorrentes da complexa relação entre filhos e pais. A falta de afeto, infelizmente, o Direito não é capaz de resolver. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 267)

Não se defende a completa isenção do Direito no que diz respeito às relações familiares, principalmente quanto às relações paterno-filiais, mas sim a impossibilidade e ineeficácia de se recorrer ao Judiciário para solucionar a ausência de afeto entre pais e filhos.

Segundo Rodotà (2010, p. 25), vivemos em uma “*law-saturated society*”, o que produz distorções em um direito que se apresenta muito presente em alguns âmbitos e, às vezes, ausente nos lugares em que seria necessário, o que o leva ao seguinte questionamento:

¿Puede el derecho, la regla jurídica, invadir los mundos vitales, adueñarse de la nuda vida, aspirar, incluso a que el mundo pueda <<evadirse de la vida>>? Los usos sociales del derecho se multiplican y diversifican cada vez más. Pero ¿quiere esto decir que nada le puede ser extraño y que la sociedad debe resignarse a quedar atrapada en la jaula de hierro de una omnipresente e invasiva dimensión jurídica?⁷

Nos tempos atuais, o Direito caracteriza-se como o titular da violência legítima, o que nos leva a questionar qual o limite para o uso dessa autoridade e violência. É preciso definir se existe uma fronteira para a atuação do Direito e quem seria o responsável por defini-la, já que, cada dia mais, tem-se reivindicado um Direito que regulamente uma série de dimensões da vida, a exemplo do afeto na relação paterno-filial. Tais relações deveriam ser confiadas às decisões autônomas dos interessados e não ao Direito (RODOTÀ, 2010, p. 31).

É preciso reconhecer que o Direito não apresenta solução para todos os problemas. Vivemos em uma sociedade plural na qual os valores e os projetos de vida são divergentes, sendo impossível incumbir ao Direito a solução de eventuais conflitos. Em alguns casos, a imposição de uma solução jurídica, como no caso em estudo, pode significar até mesmo um agravamento do problema. Se a questão discutida era a ausência de afeto entre pai e filha, a condenação ao pagamento de indenização pode significar um ponto final na relação, afastando ainda mais as partes e impossibilitando a construção de uma relação baseada no afeto.

Para Rodotà (2010, p. 34),

⁷ Pode o direito, a norma jurídica, invadir os mundos vitais, apoderar-se da vida nua, pretender, inclusive, que o mundo possa <<fugir da vida>>? Os usos sociais do direito se multiplicam e diversificam cada vez mais. Mas será que isso quer dizer que nada lhe pode ser estranho, que a sociedade deve concordar em ser presa em uma gaiola de ferro de uma onipresente e invasiva dimensão jurídica? (Tradução livre)

Dado que el presupuesto de las elecciones individuales y colectivas está en valores que pueden ser profundamente divergentes y dado que la decisión es a menudo una cuestión de conciencia, habrá ocasiones en las que el instrumento del derecho no sea el más adecuado para solucionar problemas que, al revés, a menudo tienden a agudizarse con la imposición legislativa de una sola entre las distintas posiciones existentes.⁸

Existe uma questão a ser enfrentada, um dilema entre a lei e a consciência, que faz com que seja necessário identificar hipóteses nas quais seja impossível impor um limite, à consciência, com o uso do Direito, tendo em vista suas próprias características.

Rodotà fala na hipótese de existência de um “espaço de não direito”. Esse não seria um espaço vazio, mas áreas em que as normas morais e sociais atuariam: “La hipótesis del no derecho, en efecto, no remite a un vacío. Habla, en cambio, de áreas abandonadas al juego de la norma moral y la norma social, por no hablar de la mera fuerza.”⁹ (RODOTÀ, 2010, p. 36)

É preciso que se perceba que o fato de o indivíduo colocar-se *nas mãos* do Direito nem sempre significará uma maior plenitude de vida, podendo implicar inclusive na sua completa anulação. No caso estudado, a solução jurídica em nada resguardou a dignidade da filha, e não existe qualquer possibilidade de se reverter eventual situação de dor ou angústia experimentada em razão da ausência da figura paterna.

Atribuir ao Direito a responsabilidade por solucionar determinados problemas da vida faz com que corramos o risco de ficarmos à mercê de uma política de princípios, ou fortemente condicionada por um unilateralismo religioso, ideológico ou econômico, que esconde as razões da vida (RODOTÀ, 2010, p. 49).

Para o referido autor,

El legislador debe adoptar, por tanto, técnicas distintas, recurriendo cada vez más a menudo a un derecho flexible y ligero, que se aproxime a la sociedad, promueva la autonomía y el respeto recíproco, y ponga en marcha la formación de principios comunes. Debe tomar conciencia de los límites del derecho, de la existencia de áreas en que la norma jurídica no debe entrar, o debe hacerlo con sobriedad y ductilidad. (RODOTÀ, 2010, p. 76-7).¹⁰

Assim, pode-se concluir que é necessária a existência de um “espaço do não direito”, ou seja, uma área da vida privada na qual as questões não devam e não possam ser

⁸ Dado que os pressupostos das escolhas individuais e coletivas estão em valores que podem ser profundamente divergentes e dado que a decisão é muitas vezes uma questão de consciência, haverá ocasiões em que o direito não será o meio mais adequado para resolver problemas que, ao contrário, muitas vezes tendem a agravar-se com a imposição legal de uma só dentre as várias posições existentes. (Tradução livre)

⁹ A hipótese de não direito, de fato, não remete a um vazio. Fala-se, ao contrário, de áreas abandonadas ao jogo da norma moral e da norma social, para não mencionar a pura força. (Tradução livre)

¹⁰ O legislador deveria adotar, portanto, diferentes técnicas, utilizando cada vez mais frequentemente um direito flexível e leve, que se aproxime da sociedade, promova a autonomia e o respeito mútuo, e ponha em marcha a formação de princípios comuns. Deve tomar consciência dos limites do direito, da existência de áreas onde a norma jurídica não deveria entrar, ou deveria fazê-lo com sobriedade e flexibilidade. (Tradução livre)

solucionadas pelo Direito, sob pena de uma completa anulação da autonomia e da liberdade, além do risco de se resultar em maiores problemas futuros. É preciso aceitar que a dor é inerente à vida e que o Direito não tem legitimidade e nem capacidade para aplacá-la em todas as situações – e a dor causada pelo abandono afetivo dos pais é uma dessas hipóteses.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do julgamento, pelo STJ, do REsp 1.159.242 – SP, em que o genitor foi condenado ao pagamento de R\$ 200.000,00 à filha, em virtude de abandono afetivo, foram levantados argumentos para criticar o entendimento dessa Corte.

A pesquisa realizada por Xavier (2012) concluiu que a natureza do afeto é de um valor, de um sentimento psíquico, não tendo a força de um princípio jurídico a ser tutelado pelo ordenamento. Ademais, o referido estudioso, por meio de argumentos buscados na Psicologia, demonstrou ainda que a ausência de um dos pais pode não afetar a vida do filho, o qual tem, no seu desenvolvimento, o apoio de outros membros da família.

Numa análise realizada a partir da jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais, desde a decisão do STJ e até o final do primeiro semestre de 2013, verificou-se também que as câmaras de julgamento das referidas cortes, sabiamente, não vêm seguindo o STJ no tratamento dado ao abandono afetivo. Tais tribunais informaram que o abandono afetivo não configura ato ilícito; ausente, portanto, o dever de indenizar. Mais a mais, o afeto não deve ser mensurado pelo Direito, já que se trata de sentimento de cunho íntimo dos núcleos familiares.

Critica-se, ainda, a decisão do STJ, partindo-se da teoria desenvolvida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, já que não se devem tratar sentimentos humanos, nobres e voluntariamente desenvolvidos entre as pessoas na formação de seus laços, como algo quantificável monetariamente.

Concorda-se também com a posição defendida por Stefano Rodotà sobre a necessidade de um “espaço do não direito”, no qual não cabe ao Direito a solução do conflito. É preciso aceitar que o Direito não possui meios, nem legitimidade, para condenar uma pessoa com base na falta de afeto.

Por tudo isso, defende-se o entendimento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo, na expectativa de que nosso Direito abandone cada vez mais o tratamento das lides familiares como algo compensável financeiramente, e deixe de descartar a cultura do diálogo e da conciliação.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997.
- _____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.
- _____. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2007.
- _____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucionalcompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constituicao/constitucionalcompilado.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2014.
- _____. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 11 fev. 2014.
- _____. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242 – SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Ementa: civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Julgamento em 24 abr. 2012, publicação em 10 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901937019&pv=0000000000>>. Acesso em: 1 jun. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411 – MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Ementa: responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. Julgamento em 29 nov. 2005, publicação em 27 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200500854643&data=9/10/2006>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- FORTES, Isabel. A psicanálise face ao hedonismo contemporâneo. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, volume 9, nº 4. Fortaleza: 2009. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v9n4/04.pdf>>. Acesso em 29 set. 2012.
- FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade Biológica X Paternidade Declarada: Quando a Verdade Vem à Tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n.13, p. 13-23, abr-jun, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. (coord.). *A ética da convivência familiar*: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134.

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 (Orgs.). *Direito Civil: Atualidades IV – teoria e prática no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 259-278.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0105.05.145297-4/001*. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. Ementa: apelação cível - indenização - danos morais - abandono afetivo - responsabilidade civil - requisitos - inexistência - danos materiais - cobrança retroativa - descabimento. Julgamento em 22 maio 2012, publicação em 25 maio 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.05.145297-4%2F001&pesquisaNumeroCNPJ=Pesquisar>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0194.09.099785-0/001*. Relator: Des. Tiago Pinto. Ementa: Apelação. Indenização por danos morais. Abandono afetivo. Ausência de conduta ilícita. Indenização. Impossibilidade. Julgamento em 7 fev. 2013, publicação em 18 fev. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0194.09.099785-0%2F001&pesquisaNumeroCNPJ=Pesquisar>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Síntese de Direito de Família*. (Nota: continuação da Revista IOB de Direito de Família). V.1, n.1, jul. 1999. V.14, n.73, ago/set 2012.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*. Entre el derecho y el no derecho. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 0017141-95.2010.8.26.0482*. Relator: Des. Beretta da Silveira. Ementa: Indenização Moral – Abandono afetivo – Prova pericial indeferida – Não interposição do recurso cabível – O abandono afetivo sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral. Julgamento em 15 maio 2012, publicação em 16 maio 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5892576>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 011545-51.2009.8.26.0002*. Relator: Des. Luiz Antonio de Godoy. Ementa: Indenização. Danos morais. Abandono afetivo do pai. Não há como reconhecê-lo como passível de reparação indenizatória. Inexistência de ato ilícito no âmbito do direito obrigacional (art. 927, “caput”, do código civil) recurso desprovido. Julgamento em 4 jun. 2013, publicação em 6 jun. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6777399&vlCaptcha=VrkHP>>. Acesso em: 10 jun. 2013. 2013a.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 9112659-81.2009.8.26.00*. Relatora: Des. Marcia Regina Dalla Déa Barone. Responsabilidade civil – dano moral – abandono afetivo – sentença que julgou improcedente o pedido de indenização – inconformismo – sentença que deve ser mantida – impossibilidade de condenação por danos morais – não caracterização do abandono afetivo – distanciamento entre pai e filho decorrente das circunstâncias da concepção e do fato das partes morarem em cidades diversas. Julgamento em 26 mar. 2013, publicação em 3 abr. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6622937>>. Acesso em: 3 jun. 2013. 2013b.

XAVIER, Lucas Bittencourt e. *Da (im)possibilidade de responsabilização civil por dano moral no abandono afetivo: uma abordagem da natureza jurídica da afetividade*. Fevereiro, 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RESP 1.159.242 – SP: THE NEED FOR A SPACE OF NON-LAW IN THE LIQUID MODERNITY

ABSTRACT: This paper critically analyses the decision of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) under the Special Appeal (REsp) 1.159.242 – SP, in which a father was ordered to pay R\$ 200,000.00 (two hundred thousand reais – about US\$106,000.00 at the time of the trial) to his daughter, because of emotional abandonment. The trial, held in April 2012, raised discussion on the legal nature of the affection in the Brazilian legal system; the way the matter was treated by that court is subject of criticism regarding several aspects (doctrinal, jurisprudential and sociological). Under the doctrinal aspect, there is the understanding that the nature of the affection does not admit its treatment as a worthy legal principle of indemnity. Also, the Courts of Justice of São Paulo and Minas Gerais, in their turn, are not following the STJ after the decision under discussion, on the grounds that in such cases there is no tort giving rise to the duty to indemnify. From a critical sociological perspective, one may question the decision of the STJ based on the theory developed by Bauman, under which we operate in the so-called “liquid modernity”, at which human relationships and feelings have been reduced to money and consumption. From the presented arguments we conclude there is a need for a space in which the intervention of the law is not feasible, due to the impossibility of solution of conflicts and the need of autonomy preservation. This space is called by Rodotà as “space of non-law”.

KEYWORDS: Affection. Civil Responsibility. Liquid modernity. REsp 1.159.242 – SP.

Recebido: 6 de abril de 2014

Aprovado: 20 de junho de 2014