

SEGURANÇA JURÍDICA E COERÊNCIA: UMA REFLEXÃO SOBRE A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DA RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO NO STJ

LEGAL CERTAINTY AND COHERENCE: A REFLECTION ON THE HARMONIZATION OF COURT RULINGS BASED ON CHILD NEGLECT CASES IN THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Flavia Portella Püschel

Fundação Getulio Vargas – FGV Direito SP – (São Paulo, São Paulo, Brasil)

Theófilo Miguel Aquino

Fundação Getulio Vargas – FGV Direito SP – (São Paulo, São Paulo, Brasil)

Recebimento: 14 mar. 2019

Aceitação: 10 jun. 2019

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

PÜSCHEL, Flavia Portella; AQUINO, Theófilo Miguel. Segurança jurídica e coerência: uma reflexão sobre a uniformização de jurisprudência a partir da responsabilidade por abandono afetivo no STJ. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 183-204, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/65449>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.65449>.

RESUMO

Neste artigo, defendemos que esforços de uniformização jurisprudencial os quais não levem em conta a *coerência* do sistema jurídico têm um potencial de arbitrariedade incompatível com o projeto de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal. Para fundamentar nossa posição, criticamos uma noção de segurança jurídica que se limite à previsibilidade do resultado das ações judiciais, deixando claro que a uniformização jurisprudencial se refere necessariamente à unificação da interpretação do direito e, portanto, das razões de decidir. Em seguida, expomos o papel essencial da coerência no processo de uniformização das razões de decidir. Por fim, explicitamos o risco de arbitrariedade da uniformização de jurisprudência feita sem atenção à coerência das razões de decidir, tomando como exemplo a tentativa de superação de divergência *interna corporis* a respeito da responsabilidade civil por “abandono afetivo” no Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Uniformização de jurisprudência. Segurança jurídica. Legitimidade das decisões judiciais. Embargos de divergência. Abandono afetivo.

ABSTRACT

In this paper we argue that any attempt to harmonize judicial rulings that does not include an effort to give coherence to the legal system has a potential for arbitrariness that is incompatible with the Rule of Law as dictated by the Brazilian Constitution. To ground our position, we criticize a view of legal certainty based only on the predictability of the outcome of court decisions. We make clear that harmonizing judicial rulings must mean harmonizing the interpretation of the law and therefore of

the reasons for the decision. Next, we discuss the fundamental role of coherence in the process of harmonizing court rulings. Finally, we use the attempt at harmonizing rulings by the Brazilian Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça*) on the question of nonpecuniary damages for child neglect as an example of the risk of arbitrariness deriving from incoherent court rulings.

KEYWORDS

Harmonization of court rulings. Legal certainty. Legitimacy of court rulings. Divergence embargoes. Child neglect.

INTRODUÇÃO

A busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência está na base das “alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal [...]” (BRASIL, 2010, p. 19). Com isso, afirmam os autores do anteprojeto do novo Código de Processo Civil (NCPC), prestigia-se o princípio da segurança jurídica, o qual “se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas” (BRASIL, 2010, p. 19).

Neste aspecto, o NCPC pode ser considerado um desdobramento da Reforma do Judiciário realizada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a qual acolheu a ideia de que a crise do Judiciário estaria relacionada à “ausência de segurança jurídica e previsibilidade do ordenamento jurídico no Brasil”, o que, por sua vez, afetaria o desenvolvimento econômico do país, visão que levou à adoção de uma agenda “centralizadora e racionalizadora” pelo legislador constitucional (GROSS CUNHA; ALMEIDA, 2012, p. 361, 365)¹.

De fato, é razoável supor que a uniformização e estabilização da jurisprudência dos tribunais são elementos fundamentais para garantia da segurança jurídica, para realização dos princípios da legalidade e da igualdade de todos perante a lei e, por consequência, para garantia do próprio Estado de Direito.

No entanto, assim que tentamos esclarecer no que consiste e como se forma uma jurisprudência uniforme e estável, bem como a relação entre a uniformidade jurisprudencial e os princípios fundamentais do Estado de Direito, dificuldades e divergências afloram.

Neste artigo, defenderemos que não é qualquer uniformização das decisões judiciais que resulta na segurança jurídica apropriada a um Estado Democrático de Direito. Nossa tese é que

¹ Neste ponto é preciso dizer que o discurso da ausência de segurança jurídica, bem como a prioridade de uma agenda centralizadora e racionalizadora não estão imunes à crítica. Não entraremos neste debate. Nosso objetivo é, uma vez tendo prevalecido o discurso da falta de previsibilidade e de segurança jurídica, refletir sobre a compatibilidade de tal abordagem com o projeto de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal.

esforços de uniformização jurisprudencial que não levem em conta a *coerência*² do sistema jurídico (no sentido que esclareceremos a seguir) têm um potencial de arbitrariedade incompatível com o projeto de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal.

Para fundamentar nossa posição, começaremos por criticar uma noção de segurança jurídica que se limite à previsibilidade do resultado das ações judiciais. Com isso, ficará claro que a uniformização jurisprudencial se refere necessariamente à uniformização da interpretação do direito, entendida como razão para decidir. Em seguida, exporemos o papel essencial da noção de coerência das razões para decidir no processo de uniformização jurisprudencial. Por fim, explicitaremos o risco de arbitrariedade da uniformização de jurisprudência feita sem atenção à coerência das razões de decidir, com base no exemplo da tentativa de superação de divergência *interna corporis* a respeito da responsabilidade civil, pelo chamado “abandono afetivo”, no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1 SEGURANÇA JURÍDICA, ARGUMENTAÇÃO E ESTADO DE DIREITO

Qualquer pessoa que já tenha tido algum contato com o direito sabe que é possível divergir sobre o sentido de praticamente qualquer norma, bem como sobre sua aplicação a situações concretas específicas³. Além da indeterminação decorrente da própria linguagem, o juízo pelo qual se estabelece a aplicação das normas a fatos da realidade não se deixa reduzir a uma simples operação lógico-dedutiva.

As divergências sobre a interpretação, tanto dos textos legais, quanto dos fatos, ocorrem por meio de argumentos que podem ser avaliados e criticados, mas cuja correção não pode ser demonstrada logicamente⁴. Os argumentos jurídicos são racionalmente *persuasivos*, e não racionalmente *demonstrativos* (MACCORMICK, 2005, p. 279).

Diante disso, a questão que se pode debater é *como lidar* com o caráter argumentativo do direito. À primeira vista, trata-se de algo a lamentar: a divergência, afinal, parece comprometer a possibilidade de prever como as cortes julgarão determinada conduta, impedindo que os cidadãos ajustem previamente suas condutas às normas, as quais, afinal, deveriam ser estabelecidas de antemão

² É preciso deixar claro desde logo que nossa tese não é que a coerência seja suficiente para garantir a legitimidade das decisões judiciais, mas apenas que ela consiste em elemento necessário para tanto.

³ Partimos aqui de uma visão do direito como conceito interpretativo (DWORKIN, 1986, p. 87-96, 2006, p. 10-12, 140-186). Para esta teoria, o aspecto controverso do direito é fundamental. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Jr. (2013, p. 213), “o caráter argumentativo e discursivo do direito, aliado ao fato de que em seu interior são produzidas disputas e controvérsias sobre a melhor forma de conceptualizar conceitos, confere ao direito uma natureza essencialmente interpretativa”.

⁴ É importante ressaltar que o fato de verdades jurídicas não serem matemáticas, mas hermenêuticas, não lhes tira o caráter de verdade (MOTTA, 2012, p. 22).

e não *post factum*. Em outras palavras, o caráter argumentativo do direito parece comprometer tanto a segurança jurídica, quanto os princípios da legalidade e igualdade perante a lei, sendo incompatível com o ideal do Estado de Direito.

Adotando-se tal ponto de vista, tem-se duas saídas, ambas igualmente insatisfatórias: adotar medidas para restringir a atividade do intérprete da norma a ponto de impossibilitar a divergência ou adotar uma posição cética em relação à possibilidade de tal controle.

A primeira saída está fadada ao fracasso. Não fosse o fato de que a elaboração de textos legais minuciosos, que prevejam em detalhe todas as situações futuras normalmente não é possível, há indícios de que este tipo de estratégia é capaz de aumentar, em vez de diminuir, as possibilidades de divergência, na medida em que aumenta o material a ser interpretado, e com isso, a liberdade de o intérprete “escolher” a norma que vai aplicar, dentre as tantas existentes (RODRIGUEZ, 2013, p. 210-211). Além disso, supondo-se que o controle pudesse ser eficaz, um direito excessivamente rígido rapidamente se tornaria incapaz de lidar com situações sociais novas.

Ao adotar-se a segunda atitude, por outro lado, resta apenas considerar a segurança jurídica, a legalidade e a igualdade (em suma, o próprio Estado de Direito) – uma quimera, ou simples mistificação.

No entanto, parece-nos que a aparente incompatibilidade entre o caráter argumentativo do direito e o Estado de Direito decorre de uma visão equivocada sobre o papel do debate racional na interpretação e aplicação das normas jurídicas, a qual resulta numa compreensão igualmente equivocada do ideal de segurança jurídica.

A segurança jurídica em um Estado de Direito não pode ser reduzida à previsibilidade, pois ao cidadão não basta saber de antemão como se comportar para evitar a sanção jurídica (ou obter certa consequência favorável); interessa-lhe igualmente (ou sobretudo) que a exigência feita seja estabelecida por uma norma jurídica legítima. Se não for assim, o *Rule of Law* deixa de ser o governo das *leis* e passa a ser o governo das *pessoas* encarregadas da adjudicação⁵.

Não é suficiente, portanto, que a decisão do juiz seja previsível, mas é necessário que tal previsibilidade se obtenha pela adoção de critérios adequados. Suponhamos, por exemplo, que o Poder Judiciário brasileiro passasse a decidir unanimemente no sentido de que certo grupo étnico não tem *status* jurídico de pessoa. O fato de que as decisões nesse sentido sejam unânimes e, portanto,

⁵ As quais, não custa lembrar, em nosso sistema nem sequer podem apoiar-se na legitimidade concedida pelo voto popular.

perfeitamente previsíveis, não as torna juridicamente aceitáveis⁶. Não é por acaso que a restrição do debate jurídico está historicamente associada a regimes autoritários (RODRIGUEZ, 2011, p. 134-135).

A previsibilidade que interessa é a de decisões que possam ser fundadas sobre normas jurídicas legítimas⁷, de modo que é impossível separar a segurança jurídica da disputa pelo sentido das normas jurídicas, a qual se dá argumentativamente, não apenas pelas partes em cada processo judicial, mas também fora do processo, no âmbito do debate público especializado (por meio da doutrina, por exemplo), bem como no âmbito do debate público geral (RODRIGUEZ, 2012, p. 25).

Uma consequência fundamental desta recolocação do ideal de segurança jurídica em termos de legitimidade das decisões é a relevância das razões de decidir: não é possível avaliar as interpretações do direito em disputa sem olhar para as razões que as sustentam (RODRIGUEZ, 2013, p. 218-219).

2 O PAPEL DA COERÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E NA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O direito brasileiro impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la “íntegra, estável e *coerente*”, conforme redação do art. 926, NCPC. A coerência está, portanto, positivada entre nós como requisito da jurisprudência uniformizada.

Podemos definir coerência como “a propriedade de um conjunto de proposições as quais, quando consideradas em seu conjunto, *fazem sentido* como um todo” (MACCORMICK, 2005, p. 190, tradução nossa).

Distingue-se, portanto, a *coerência* da *consistência*, sendo esta última entendida como a simples ausência de contradição. Um conjunto de proposições é consistente se cada uma das proposições pode ser afirmada sem contradizer diretamente nenhuma das demais ou implicar logicamente uma contradição. Uma coerência perfeita exigiria ausência total de contradição. No entanto, ao contrário da consistência, a coerência admite graus: é possível que um conjunto de proposições seja mais ou menos coerente (faça mais ou menos sentido). Tal coerência relativa é compatível com alguma inconsistência. Mais do que isso, é a coerência relativa que fornece o critério para decidir, diante de proposições contraditórias, as quais podem e devem ser eliminadas

⁶ É nesse sentido que podemos entender, por exemplo, a afirmação de Dworkin sobre a insuficiência da consistência lógica e consequente necessidade de teorias de equidade e justiça para a compreensão da ideia de igualdade formal (DWORKIN, 1986, p. 185).

⁷ Em sentido semelhante manifesta-se Francisco José Borges Motta, para quem “não há qualquer ganho democrático em se *estabilizar jurisprudência* que não conte com coerência e integridade” (MOTTA, 2012, p. 23, grifo do autor).

(MACCORMICK, 2005, p. 190).

A coerência é comumente considerada como característica de qualquer argumento correto (MACCORMICK, 2005, p. 188). Mas, para além da coerência do argumento em si, o poder que dado argumento jurídico-dogmático tem para justificar – ainda que parcialmente – uma decisão judicial depende do quanto tal decisão contribui para assegurar a coerência do próprio sistema jurídico ou de parte dele (MACCORMICK, 2005, p. 188, n. 1). Isso porque a relação de coerência que a decisão é capaz de estabelecer com o sistema jurídico é o que permite afirmar que tal decisão é *derivada* (sem ser uma simples decorrência lógica) de tal sistema jurídico e consiste, portanto, em uma *aplicação do direito vigente* e não em uma imposição de deveres retrospectivos (MACCORMICK, 2005, p. 203).

O que significa, no entanto, dizer que uma nova decisão se integra coerentemente ao sistema jurídico? A chave da resposta é a noção de interpretação jurídica. Qualquer lei faz, pelo menos, duas coisas: identifica um objeto a que ela se dirige e o descreve como lícito ou ilícito. Por exemplo, se a lei trata do abandono afetivo, ela deve tanto identificar o que é o abandono afetivo quanto qualificá-lo como lícito ou ilícito, concluindo se a responsabilidade por abandono afetivo existe conforme o direito. É nesse sentido que podemos falar da regra jurídica como razão para agir: com base nela, sabemos como determinados objetos são descritos (lícitos ou ilícitos) e orientamos nossas ações em favor ou contra esses objetos. É a regra jurídica, entendida também como norma jurídica, que estabelece como devemos usar determinado predicado descritivo de licitude e, ao mesmo tempo, como devemos especificar o objeto (conduta) que tal predicado descreve.

Acontece que a redação da lei não coloca automaticamente a norma jurídica pronta para ser usada. Para que possa ser identificada a conduta contida na norma e a qualificação que se lhe imputa, é necessário que o texto legal seja interpretado. Em resumo, o texto legislativo faz parte das fontes do direito que devem ser objeto de interpretação pelo jurista a fim de chegar ao seu significado, qual seja, à regra jurídica contida ali. A norma é, portanto, o produto da interpretação (GUASTINI, 2005, p. 29).

Por exemplo, quando se pede ao STJ que diga se o abandono afetivo é lícito ou ilícito, o que se espera é que o Tribunal esclareça a regra segundo a qual nós podemos dizer se esse objeto é lícito ou ilícito. Existe um texto legal que imputa responsabilidade ao agente que não cumpre com um padrão de conduta estabelecido juridicamente. A questão é saber, no entanto, qual o critério de correção para o uso de um predicado jurídico na descrição de um objeto jurídico. O intérprete precisa responder se, dentro desse texto normativo, existe uma norma jurídica que imputa ilicitude à conduta de um pai que abandona moralmente seus filhos.

Chegar a esse produto interpretativo não é óbvio. As disposições prescritivas das fontes legais são em geral “vagas e ambíguas, de um tal modo que toleram diversas e conflitantes atribuições de significado. Neste sentido, a uma única disposição corresponde não apenas uma só norma, mas uma multiplicidade de normas dissociadas” (GUASTINI, 2005, p. 34). No caso em questão, não está claro se é possível afirmar a responsabilidade do genitor como regra jurídica, uma vez que a vagueza normativa da lei pode conter mais de uma resposta possível. É a função do Tribunal justamente seguir um bom método interpretativo para chegar à resposta correta sobre qual é a regra contida no texto legal.

A identificação correta da norma jurídica escrita textualmente depende da identificação do valor a que a regra serve. Interpretar significa dar um sentido ao objeto interpretado (DWORKIN, 1986, p. 55): no caso, atribuir um sentido ao texto legal para se identificar a regra jurídica que ele contém. A intencionalidade do intérprete dá um sentido ao objeto e o coloca sob a sua melhor luz possível dentro das condições do intérprete (DWORKIN, 1986, p. 47).

A interpretação que tem como resultado uma regra jurídica identifica, portanto, o valor a que essa regra serve. Quando vista sob esse valor, é possível ao intérprete explicar quais as exigências que a regra impõe às condutas que identifica. É possível dizer se há novas exigências, se antigas exigências deixaram de existir ou mesmo se tudo permanece igual. Olhar a regra por dentro do seu sentido permite readequar as condutas com base no que passa a ser exigível pelo valor ao qual a regra jurídica responde.

A literatura identifica quatro etapas que um bom método interpretativo deve percorrer (ATIENZA, 2006, p. 219-221). Em primeiro lugar, o intérprete deve identificar qual é o problema que deve ser resolvido dentre as opções: qual é a norma a ser aplicada, como ela deve ser entendida e quais fatos recaem no seu campo de aplicação. Decidido que se trata de um problema de interpretação do texto legal, deve-se concluir se o problema surge por falta ou por excesso de informação. A falta de informação está, por exemplo, na norma muito específica que pode não cobrir o caso em análise, ao passo que o excesso, no texto legal que pode conter mais de uma norma jurídica possível.

Em terceiro lugar, é preciso construir novas premissas de resolução do problema jurídico. Se por falta de informação, deve-se reformular a norma para abarcar o caso em questão; se por excesso, é necessário escolher entre uma das normas possíveis. Por fim, o intérprete deve justificar as premissas reformuladas e a solução oferecida ao caso. Nessa última etapa é o momento de explicitar o valor a que a regra jurídica serve, para que a interpretação oferecida seja a correta.

Não se quer dizer com isso que o intérprete cria uma nova regra⁸. O ponto é que o uso do predicado conforme determinado pela regra responde a um valor. Esse valor é imputado ao texto legal pelo intérprete quando da sua interpretação. O valor a que serve a regra jurídica pode mudar, caso o intérprete consiga justificar a mudança. Ou então, pode mudar a concepção do valor ao qual continua servindo a regra. Em qualquer dos casos, as obrigações que o uso do predicado impõe podem mudar, mesmo que a regra permaneça a mesma. O que muda, nesse caso, é a concepção da regra, porque o valor ou a concepção do valor também mudou.

Dessa forma, o juiz de um novo caso deve interpretar as decisões anteriores para escrever um novo capítulo coerente com a tradição precedente (DWORKIN, 1986, p. 228-238). Interpretar essa tradição implica a imputação de um sentido, por parte do novo juiz, a essas decisões para explicitar a que valor elas dizem respeito. Pode ser que algumas dessas decisões não possam ser agrupadas sob o mesmo valor: o juiz tem o dever, então, de dizer que tais decisões foram erros, porque não respondem à melhor interpretação da tradição jurídica. Ou então, o juiz pode dizer que a própria tradição jurídica estava errada até ali, impondo o reconhecimento de um novo valor a que o uso do predicado jurídico deve responder dali em diante. O importante é que haja a imputação de um sentido valorativo à história de decisões a partir do qual a nova decisão deve se ajustar: seja integrando, seja alterando algumas características dessa tradição ou rejeitando-a por completo.

Em qualquer dessas hipóteses, podemos dizer que o juiz deu sentido ao direito. O intérprete dá sentido ao direito quando reconhece o valor a que esse conjunto de regras serve. Portanto, o direito é coerente quando somos capazes de reconhecer o valor a que respondem as regras jurídicas. Um direito incoerente é um conjunto de regras jurídicas a que não conseguimos imputar um valor (MACCORMICK, 2005, p. 190-193).

A exigência de coerência que se impõe tanto por obrigação jurídico-positiva na lei processual quanto por requisito de racionalidade e legitimidade da prática jurídica significa, portanto, que o direito brasileiro requer que suas regras e decisões judiciais sirvam a um valor ou a um conjunto de valores identificáveis. Caso não seja possível produzir essa imputação de sentido, as regras e decisões em questão são injustificáveis.

Decisões com resultados diferentes, ou mesmo decisões com resultados iguais, podem se basear em fundamentos diferentes. Isso significa que cada uma dessas decisões interpretou o critério de uso do predicado jurídico de uma forma diferente. Logo, temos a situação em que cada uma dessas

⁸ A interpretação assim compreendida, chamada “interpretação criativa”, não deixa de ser interpretação e, desse modo, constitui uma *limitação* à liberdade do intérprete-juiz e não uma autorização para a criação de regras novas, como bem acentua Francisco José Borges Motta (2012, p. 39-40).

decisões imputou um sentido diferente ao critério de correção e o fez responder a um valor diferente. Em suma, a coerência de um sistema jurídico se apresenta no plano justificatório desses valores, ou seja, no plano das *razões de decidir*, e não só de seus resultados.

Não é evidente que valores diferentes possam conviver como critérios para a mesma ordem jurídica. Mais do que isso, não é evidente que determinado valor seja de fato encampado pela ordem jurídica. A ausência de uma justificação judicial sobre quais os valores que informam corretamente o uso do predicado no caso em que haja divergência contraria a obrigação legal de coerência do sistema. Há o dever do intérprete de tornar transparente a articulação dos valores envolvidos com a regra em disputa, para que os cidadãos possam enxergar no sistema requisitos de racionalidade e legitimidade.

Com isso não se quer afirmar que a coerência seja capaz de, por si só, garantir a justiça da decisão, pois a simples coerência não é capaz de impedir que se tenha um conjunto de valores distorcido. A justiça da decisão depende substancialmente dos valores e princípios que lhe dão sentido (MACCORMICK, 2005, p. 202-203).

O que se quer dizer é que, nas palavras de Neil MacCormick, “com todos os seus defeitos, um direito coerente é preferível a um direito incoerente, e interpretações de um direito potencialmente incoerente que restaurem tanto quanto possível sua autoconcepção coerente devem ser preferidas por esta razão” (MACCORMICK, 2005, p. 203, tradução nossa).

A coerência assim entendida é, portanto, uma característica necessária, ainda que não suficiente, das decisões legítimas. E quando se fala de um sistema jurídico coerente, não se trata apenas dos textos legais, como se disse, mas da tradição de sua interpretação, isto é, da jurisprudência.

A metáfora da jurisprudência como uma sequência de capítulos de um mesmo livro, proposta por Ronald Dworkin (1982, p. 192, 1986, p. 228-232), é bastante esclarecedora. Imaginemos um livro com dez capítulos, cada qual escrito por um autor diferente. Imaginemos que já estão escritos sete capítulos e que alguém é responsável pelo oitavo: sua tarefa é ler e interpretar os capítulos precedentes para escrever a sua parte de modo coerente com o que veio até então, de forma que se possa dizer, ao final, que todos os dez capítulos formam partes da mesma história. Não se pode chegar ao fim e constatar que cada capítulo forma uma história diferente.

O mesmo acontece com uma sequência de decisões dentro de um dado sistema jurídico. Cada juiz, ao decidir um caso, deve olhar para a tradição jurisprudencial que o precede e interpretá-la para dar-lhe continuidade da maneira mais coerente possível. A ideia é que todas essas decisões formem um único sistema jurídico: não podem formar cada qual delas uma história jurídica em separado. Cada nova decisão é mais um capítulo que deve fazer sentido em relação aos capítulos

jurídicos precedentes. O cidadão, leitor metafórico do livro “direito”, deve ser capaz de observar um todo coerente a que ele se submete para que esse sistema seja racional e, portanto, legítimo.

Diante disso, retomando a aparente incompatibilidade entre segurança jurídica e o caráter argumentativo do direito, conclui-se que a resolução de tal tensão

[...] depende da medida em que existam limites genuínos ao argumento jurídico, de modo que o processo de tornar determinado o que é indeterminado e de desenvolver aquilo que pareça precisar de desenvolvimento possa ser aceito como não arbitrário, mas baseado em bons fundamentos de caráter distintamente jurídico (MACCORMICK, 2005, p. 254, tradução nossa).

A coerência das decisões judiciais consiste em um desses limites reais e importantes (MACCORMICK, 2005, p. 203) que nosso ordenamento jurídico impõe aos juízes, contribuindo desse modo para uma segurança jurídica baseada no Direito e não na simples previsibilidade de decisões arbitrárias dos tribunais.

3 O EXEMPLO DA RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO NO STJ

Para ilustrar o risco de arbitrariedade que representam processos de unificação jurisprudencial que não levem em conta a coerência do ordenamento, vamos recorrer ao caso de unificação do entendimento do STJ sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes de abandono afetivo.

À semelhança do que faz o Supremo Tribunal Federal (STF) para o direito constitucional, a função do STJ é cuidar da “inteireza positiva” do direito infraconstitucional (MANCUSO, 2010, p. 96). Mais especificamente, encontramos no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, a competência para, em sede de recurso especial, julgar as causas cujas decisões contrariam lei federal ou dão interpretação a lei federal divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. A Constituição determina que o STJ é, portanto, um tribunal com autoridade precípua para interpretar a lei federal, de modo a unificar seu sentido.

Analisaremos um conjunto de seis decisões judiciais daquele Tribunal, das quais a principal é o acórdão nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (ED) n. 1159242, julgado em 2014 pela Segunda Seção do STJ. Além dos ED, analisaremos também três decisões anteriores, as quais, supostamente, caracterizariam a divergência de entendimento entre as 3ª e 4ª Turmas do Tribunal, bem como dois acórdãos posteriores ao julgamento dos ED, de modo a mostrar as consequências da decisão dos ED para a jurisprudência do STJ.

Os ED são interessantes para o nosso argumento por tratar-se de recurso destinado

especificamente a provocar o Tribunal a *uniformizar* seu entendimento sobre o direito em tese, em caso de divergência entre decisões de seus órgãos fracionários internos (DE ASSIS, 2008, p. 832; NEVES, 2014, p. 887). Os ED são decorrência da divisão interna dos tribunais superiores em várias turmas de julgamento e constituem o reconhecimento da necessidade de que haja apenas uma resposta para casos semelhantes nos tribunais superiores.

Não por outro motivo, os ED são vinculados a ideias de segurança e previsibilidade do direito. Se a função do STJ é assegurar a sociedade quanto ao sentido da legislação federal e, assim, orientar as condutas dos cidadãos, uma divergência interna ao Tribunal sobre a interpretação do direito torna-se insustentável (GÓES; LEMOS, 2015, p. 383; LOURENÇO, 2011, p. 189, 192).

Como afirmam os autores do anteprojeto do NCPC, “sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores” (BRASIL, 2010, p. 22). Alinhado a esse projeto, o NCPC não apenas manteve os ED, como também ampliou as hipóteses de sua admissibilidade, em seu art. 1.043.

A doutrina também reconhece a relação dos ED com a necessidade de estabilização da jurisprudência (MIRANDA; PIZZOL, 2009, p. 190) e a própria consecução de um ideal de justiça (GÓES; LEMOS, 2015, p. 377-378). No entanto, tais vínculos, muito embora celebrados, não são nada óbvios e precisam ser mais bem delineados.

Como se explicitou na seção anterior deste artigo, interpretar é esclarecer as condições de uso da linguagem em que alguém se baseia para afirmar que algo é lícito ou ilícito. Ao interpretar, o tribunal diz para a sociedade qual é a regra correta, na qual os cidadãos poderão se basear quando forem dizer: “x é lícito”, “y é ilícito”.

A noção de segurança que estamos defendendo aqui é, portanto, a segurança com relação à regra de descrição de um objeto. As pessoas precisam ter segurança quanto à regra que determina o que é lícito e o que é ilícito para que possam orientar suas condutas. Se o mesmo tribunal interpreta a mesma lei de modos diferentes, ele termina descrevendo de maneiras diferentes o mesmo objeto e, então, não há orientação de conduta possível.

Uma pergunta subsequente é: para que haja essa segurança, basta que o tribunal dê o mesmo resultado para os casos semelhantes? A nossa resposta é, como se viu, que, além de dar o mesmo resultado, o tribunal precisa dá-lo pelas mesmas *razões*. Se o tribunal deixa que os mesmos resultados se fundamentem de modos diferentes⁹, então a segurança que ele proporciona aos cidadãos resume-

⁹ Em nosso sistema, as decisões colegiadas dos tribunais são tomadas por maioria de votos, os quais se referem ao deferimento ou indeferimento do pedido apenas. Isto significa que é possível termos decisões – mesmo unânimes –

se à previsibilidade, na melhor das hipóteses.

E previsibilidade, apenas, como se defendeu acima, não é suficiente para caracterizar a segurança jurídica em um Estado de Direito. O próprio art. 1.043 do NCPC, em seu § 1º, aponta neste sentido, ao estabelecer que nos ED podem ser confrontadas *teses jurídicas* contidas em ações recursais ou de competência originária. O confronto não é, portanto, de resultados de recursos ou de ações de competência originária, mas de *teses jurídicas*, ou seja, dos *fundamentos* das decisões em questão. Portanto, ao decidir a divergência, o que se espera do Tribunal é que uniformize as razões que o levaram a decidir em determinado sentido, eventualmente reformando, ou não, o resultado da decisão. O essencial é a unificação da interpretação da legislação em questão; a eventual reforma da decisão embargada é consequência.

Também o § 4º do artigo 1.043 do NCPC aponta no sentido da necessidade de uniformização das razões de decidir quando determina que, ao opor embargos de divergência, a parte recorrente deverá indicar em relação a quais circunstâncias o acórdão embargado é semelhante ou divergente do acórdão paradigma. Isso significa que a lei exige da parte a comprovação das *razões* pelas quais o direito, do modo como aplicado no acórdão paradigma, deve também regular o acórdão embargado.

Essa exigência não é uma novidade em nosso sistema recursal. Já sob a vigência do CPC anterior exigia-se da parte mais do que a simples apresentação de ementa divergente do acórdão paradigma (MIRANDA; PIZZOL, 2009, p. 190-191). É preciso salientar esse ponto: apenas a transcrição das ementas nunca foi suficiente para o conhecimento dos embargos. Fosse a questão apenas de uniformização de resultados, não haveria por que não aceitar a simples transcrição das ementas divergentes, onde já consta tal informação.

Além disso, a redação atual do art. 1.043 do CPC, em seu § 4º deixa claro tratar-se de exigência de confrontação da divergência presente em *todo* o julgado paradigma, ao referir-se à “*reprodução do julgado*”.

Toda a disposição legal dos ED, portanto, aponta no sentido de que o ordenamento jurídico reconhece (e já o fazia sob a égide do CPC anterior) a noção de interpretação e de segurança jurídica que defendemos neste artigo.

Os ED como uniformizadores apenas de resultados garantiriam somente decisões casuais e, no limite, disfuncionais ao direito, já que, neste caso, ficaria clara apenas a conduta exigida do cidadão pelo Tribunal em cada caso julgado, sem que se demonstrasse (e, portanto, tampouco se deixasse

baseadas em razões distintas, tantas quantos forem os juízes votantes. Isto não é necessariamente um problema, a depender da força vinculante que se atribui a cada decisão judicial. Não poderemos tratar deste tema aqui. Sobre o poder vinculante dos precedentes em seus vários graus, cf. PECZENIK, 1997, p. 461-479.

aberta a críticas) que a licitude/ilicitude das condutas exigidas decorre da lei e não simplesmente do arbítrio do Poder Judiciário. É por isso que, sem análise dos fundamentos, o STJ não cumpre a sua função constitucional de unificação de interpretação da legislação federal. É o que o caso do abandono afetivo demonstra.

3.1 OS PRECEDENTES DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Foram três os casos citados pelo recorrente nos ED n. 1159242: REsp n. 1159242 da 3ª Turma (decisão embargada) e os REsp n. 757411 e REsp n. 514350, indicados como paradigmas da posição da 4ª Turma, da qual o acórdão recorrido teria divergido.

O REsp n. 757411, julgado em 2005, foi, segundo seu relator, Min. Fernando Gonçalves (BRASIL, 2005, p. 6), o primeiro caso de responsabilidade civil por abandono afetivo a chegar ao STJ. Neste caso, a 4ª Turma decidiu, por maioria, dar provimento ao pedido para, nas palavras do relator, “afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral” (BRASIL, 2005, p. 10).

Tratava-se de ação proposta por filho contra seu pai, pleiteando reparação por supostos danos morais decorrentes de abandono afetivo em virtude de ter o réu deixado de “prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar”. A ação foi julgada improcedente em primeira instância, decisão esta revertida pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Inconformado, o pai interpôs o recurso especial.

São três os argumentos apresentados para fundamentar a decisão da 4ª Turma¹⁰:

1) dado que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo” (BRASIL, 2005, p. 10), a função que poderia eventualmente justificar o dever de indenizar – qual seja, punir e dissuadir o genitor relapso, “mostrando [...] aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono” (BRASIL, 2005, p. 8) – já é cumprida pela destituição do pátrio poder. Trata-se de sanção específica do direito de família, o qual apresenta princípios próprios que não permitem sua regulação pelo direito das obrigações.

2) Há risco de desvirtuamento de uma potencial indenização. Uma vez que as necessidades financeiras do menor já são cobertas pelo cumprimento do dever alimentar, a imposição de um gravame extra ao pai satisfaria apenas as pretensões financeiras do cônjuge preterido com o fim do

¹⁰ Além do relator, dois dos ministros que compuseram a maioria neste caso apresentaram fundamentos em separado para seus votos: Min. Aldir Passarinho Junior e Min. Cesar Asfor Rocha. Embora ambos tenham explicitado apenas o argumento de que a destituição do pátrio poder, enquanto sanção do direito de família, seria a única aplicável a casos de abandono afetivo, nenhum deles rechaçou expressamente os dois outros argumentos trazidos pelo relator em seu voto.

relacionamento amoroso.

3) O direito deve priorizar as chances de reconstituição dos laços afetivos. Impor o dever de indenizar significa o fim de qualquer possibilidade de reaproximação entre genitor e descendente, função a que o direito não pode se prestar. A reestruturação dos laços tem primazia sobre a indenização.

Foi voto vencido o Min. Barros Monteiro, para quem estavam presentes no caso os requisitos da responsabilidade civil – conduta ilícita, dano e nexos causal –, sendo que “a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção [...]” (BRASIL, 2005, p. 13).

No REsp n. 514350, julgado em 2009, o relator, Min. Aldir Passarinho Junior, entendeu que a decisão recorrida estava conforme o entendimento da 4ª Turma consagrado no REsp 757411, transcrevendo o voto do relator no acórdão de 2005. Os demais ministros seguiram o voto do relator, de modo que a 4ª Turma decidiu, por unanimidade¹¹, não conhecer o recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que excluía a reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo. Nota-se, portanto, que a 4ª Turma manteve seu entendimento anterior, com base nos mesmos argumentos.

No REsp n. 1159242, julgado em 2012 (decisão embargada), a 3ª Turma deu provimento parcial ao recurso interposto pelo pai condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a indenizar a filha por abandono afetivo. Por maioria, a 3ª Turma manteve a condenação, apenas reduzindo o valor da indenização devida.

Como fundamento para a decisão, a relatora, Min. Nancy Andrighi, aponta estarem presentes os requisitos da responsabilidade civil: ato ilícito, culpa, dano e nexos causal.

Com relação à ilicitude do ato, distinguem-se a *faculdade* de amar e o *dever jurídico* de cuidado. Nas palavras da Min. Nancy Andrighi,

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais [...] O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem – entre outras [...] (BRASIL, 2012, p. 11).

Com base no descumprimento de tal dever de cuidado, a posição de todos os ministros que compuseram a maioria neste caso é no sentido da admissibilidade da aplicação das regras relativas à responsabilidade civil às relações familiares, entendendo que a existência da sanção de perda do poder

¹¹ O Min. Barros Monteiro, que havia proferido voto divergente no julgamento de 2005, já estava aposentado.

familiar não pode afastar a responsabilidade, uma vez que tem objetivos distintos.

O Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no entanto, matiza tal aplicação indicando ser cabível apenas em situações *excepcionalíssimas*, em que tenha ocorrido *total descumprimento* do dever de cuidado por parte do genitor. Segundo o ministro, preserva-se desse modo a liberdade para criar os filhos como melhor se aprouver, além de evitar-se a indesejável patrimonialização das relações familiares.

Houve apenas um voto divergente, do Min. Massami Uyeda (BRASIL, 2012, p. 16), para quem “se abrirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal [...] não haverá mais tranquilidade. Vamos [...] estabelecer uma cizânia dentro da família”.

O recorrente havia invocado como precedente, em sua defesa, a decisão da 4ª Turma no REsp n. 757.411, evidentemente conhecida, portanto, pelos ministros da 3ª Turma.

Comparando os fundamentos das decisões das duas turmas, percebe-se claramente não apenas uma diferença de posição em relação ao suposto dever descumprido (de amar ou de cuidado) e, por consequência, à aplicação da responsabilidade civil às relações familiares, mas seu caráter *contraditório*.

Em outras palavras, as posições das turmas não são apenas divergentes, mas logicamente incompatíveis. Não é logicamente possível defender que como “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização” (BRASIL, 2005, p. 10), sendo aplicável aos casos de abandono afetivo exclusivamente a destituição do pátrio poder, por ser sanção específica do direito de família, e chegar à conclusão de que há dever de reparar por parte do genitor, ainda que apenas em casos excepcionalíssimos de abandono total.

No entanto, parece ser exatamente tal posição contraditória que resultou do julgamento dos Embargos de Divergência impetrados contra a decisão da 3ª Turma no REsp n. 1159242, como veremos em seguida.

3.2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Nos ED n. 1159242, julgados em 2014, a Segunda Seção do STJ decidiu, por maioria apertada de cinco a quatro, *não conhecer* do recurso.

A justificativa para a decisão foi o fato de que, nas palavras do Min. João Otávio Noronha, autor do voto vencedor, “quando se faz a justiça do caso concreto por excepcionalidade, foge-se da tese” (BRASIL, 2014, p. 41). Segundo a Min. Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2014, p. 42), o fato de

que a solução adotada para o caso pela 3ª Turma foi devida a peculiaridades excepcionais do caso concreto descaracterizaria o dissídio entre as turmas e, por consequência, a admissibilidade dos Embargos de Divergência.

Com relação à posição vencida, consta do acórdão apenas a fundamentação do voto do relator do caso, Min. Marco Buzzi (BRASIL, 2014, p. 9). Neste, o ministro reconhece expressamente a divergência, caracterizada pelo “fato de o entendimento adotado nos primeiros julgados estar lastreado no pressuposto de que inexistente amparo legal para tutela veiculada/preendida na demanda subjacente [...], diversamente da orientação consolidada no mais recente julgado” do STJ.

Diante da decisão pelo não conhecimento dos Embargos de Divergência, com a indicação de que *não haveria divergência* entre as posições das 3ª e 4ª Turmas, conclui-se que a 2ª Seção do Tribunal entendeu que a decisão embargada reconheceu uma *exceção* à regra de não responsabilidade por abandono afetivo, consagrada anteriormente nas decisões da 4ª Turma.

No entanto, como já apontamos acima, os argumentos trazidos pela 3ª Turma, para admitir a responsabilidade civil por abandono afetivo em determinadas circunstâncias, não estabelecem uma exceção à regra defendida pela 4ª Turma, mas referem-se a regra diversa. Considerar a decisão da 3ª Turma como exceção à regra estabelecida anteriormente pela 4ª Turma seria admitir uma contradição lógica.

Assim, a decisão nos Embargos de Divergência pode ser considerada inadequada do ponto de vista do objetivo de unificação da interpretação da legislação federal. Além de não tratar da diferença entre as turmas no que se refere ao dever violado (dever de amar ou dever de cuidado), deixando, portanto, de estabelecer qual a regra excepcionada, ao abster-se de julgar o mérito, o Tribunal tampouco explicita os fundamentos da exceção.

De modo que, após o julgamento de recurso destinado especificamente a *uniformizar* o entendimento do Tribunal sobre o direito em tese, continuamos sem clareza sobre como deve ser interpretada a legislação federal a respeito da responsabilidade civil nesses casos.

Uma análise das decisões proferidas após o julgamento dos Embargos de Divergência mostra que o próprio STJ continuou trabalhando com duas visões distintas sobre o fundamento do dever de reparar, com consequências para o que se entende como garantia à segurança jurídica.

3.3 OS JULGADOS POSTERIORES AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Na base de jurisprudência do STJ constam duas decisões sobre o tema, julgadas após a decisão nos ED: no REsp. n. 1557978, julgado em 03/11/2015, e no REsp. n. 1493125, julgado em

23/02/2016. Ambas as decisões foram proferidas por unanimidade pela 3ª Turma, com a participação dos mesmos ministros, em um intervalo de tempo curto.

O fato de serem ambas decisões da 3ª Turma torna esses casos especialmente interessantes, uma vez que se trata da mesma turma a qual – segundo o entendimento da 2ª Seção nos ED – teria estabelecido exceção à regra de não reparação por abandono afetivo.

No acórdão de 2015, o relator, Min. Moura Ribeiro, fez referência à decisão da 3ª Turma no REsp. n. 1159242 como tendo concluído que “não existem restrições legais à aplicação das regras de responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar, inclusive dano extrapatrimonial, no direito de família” (BRASIL, 2015, p. 13).

O Min. Moura Ribeiro reconhece neste posicionamento a superação de entendimento anterior do STJ, no sentido de que:

No caso de abandono ou do descumprimento do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, como a legislação previa como punição a perda do poder familiar [...] não havia se falar na possibilidade de reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização, até porque escapava ao arbítrio do Poder Judiciário impor a alguém a obrigação de amar ou de manter um relacionamento afetivo (BRASIL, 2015, p. 14).

Embora o Min. Moura Ribeiro não identifique a divergência que havia entre as turmas quanto ao dever violado, toma partido pela violação de dever de cuidado, o qual menciona expressamente, explicitando que a sanção não se refere à falta de afeto (BRASIL, 2015, p. 15, 18).

Como fundamento para a atribuição de responsabilidade, o ministro faz referência ao voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp. n. 1159242, afirmando tratar-se de “situação excepcionalíssima devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares”, justificando-se tão somente no caso de “abandono completo e notório do filho”.

No caso sob julgamento, embora houvesse dados de que o pai fora negligente em relação à educação da filha, não participando de sua vida escolar, nem comparecendo a eventos ou mostrando-se publicamente em sua companhia, bem como tendo descumprido inicialmente seu dever de pagar alimentos, o Min. Moura Ribeiro entendeu que não estava caracterizado o necessário “abandono completo da filha ou desprezo por ela”, uma vez que, “apesar de pouco frequente, existia algum convívio” entre pai e filha, caracterizado por almoços, telefonemas, presentes, visitas e conversas. Além disso, segundo o ministro, havia circunstâncias no caso (como o “alto grau de beligerância” entre os genitores e o fato de que o pai residia em outra cidade), as quais dificultaram a convivência entre eles e deveriam ser consideradas na avaliação do comportamento do pai (BRASIL, 2015, p. 20).

Além destas, o ministro aponta uma razão paralela para a não responsabilização do pai no caso em análise. Trata-se da ausência de nexo causal, elemento essencial a toda responsabilidade

civil.

A impossibilidade de se vislumbrar relação de causalidade no caso decorre, no entendimento do Min. Moura Ribeiro, do fato de que deveria ter sido realizado um estudo psicossocial (que as instâncias inferiores entenderam desnecessário) para comprovar que os problemas diagnosticados na filha decorreram da ausência de cuidado por parte do pai (BRASIL, 2015, p. 21-22)¹².

Diante disso, embora reconheça em abstrato a reparabilidade do dano por abandono moral nos casos em que este seja “completo e notório” ou haja desprezo pelo filho, o ministro concluiu pela não ocorrência de tais requisitos no caso sob julgamento, de modo que negou provimento ao recurso especial, sendo seguido pelos demais membros da Turma.

Embora proferida pela mesma 3ª. Turma, também de forma unânime, a decisão no REsp n. 1493125 apresenta diferenças importantes em sua fundamentação.

A principal delas é a retomada do dever de amar como referência, o que se nota no voto do relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, quando afirma que:

A falta de afetividade no âmbito familiar, via de regra, não traduz ato ilícito reparável pecuniariamente. O ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam um pai a seu filho. Isso porque não há lei que gere tal dever, tendo em vista que afeto é sentimento imensurável materialmente. Tal circunstância, inclusive, refoça do âmbito jurídico [...] (BRASIL, 2015, p. 6).

O ministro admite a responsabilidade apenas em “situações de gravidade extrema”, exigindo “detalhada demonstração do ilícito civil cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor” (BRASIL, 2015, p. 6, 8).

Segundo o ministro, não se deve incentivar a patrimonialização do direito de família por meio da responsabilidade civil, uma vez que a reparação pecuniária não é capaz de restituir a vítima ao *statu quo ante*, restabelecendo o convívio familiar. Pelo contrário, tende a afastar definitivamente pais e filhos (BRASIL, 2015, p. 6-7).

Em seu voto, o Min. Relator não chegou a especificar o que poderia caracterizar uma situação de “gravidade extrema” nas relações de família. No caso sob julgamento esta situação fica claramente fora de cogitação pela peculiaridade de que a ação de reconhecimento de paternidade havia sido proposta pela filha apenas aos trinta e seis anos de idade, não havendo nos autos prova de que o pai biológico tivesse conhecimento da paternidade antes disso.

Sendo assim, o Min. Villas Bôas Cueva negou provimento ao recurso, no que foi seguido

¹² Note-se que, além de ser questionável a análise do ministro, diante da Súm. 7 do STJ, a exigência de estudo psicossocial para comprovação do nexos causal entre dano e abandono não constava dos votos vencedores no REsp. n. 1159242. Pelo contrário, nele a relatora, Min. Nancy Andrichi, explicitamente considerou tratar-se de dano *in re ipsa*.

pelos demais membros da Turma.

4 CONCLUSÃO

O fato de o Min. Villas Bôas Cueva citar em seu voto o acórdão no Recurso Especial julgado em 2015 com a sua participação, sem apontar a divergência em relação ao dever violado, bem como o fato de em ambos os casos as decisões terem sido unânimes, com participação dos mesmos ministros, sem que nenhum deles tenha apontado a contradição nos fundamentos da decisão, indica, a nosso ver, que os ministros entendem o objetivo de unificação de interpretação da legislação federal como uma questão de uniformização de *resultados*, e não de *fundamentos* das decisões.

A 3ª Turma do STJ parece satisfeita com o estabelecimento da regra segundo a qual a responsabilidade civil por abandono afetivo se reconhece apenas em casos excepcionais, especialmente graves.

Há, certamente, o problema de que não estão claros os aspectos caracterizadores de uma situação de gravidade capaz de ensejar responsabilidade (veja-se, especialmente, a questão dos danos *in re ipsa*, mencionada na última nota de rodapé).

Mas, para além disso, e tendo em vista aquilo que nos interessa neste artigo, o que mais chama a atenção na discussão da responsabilidade por abandono afetivo no STJ é a indiferença em relação ao *fundamento* da regra que se formou.

O Tribunal responde de maneira contraditória à questão do fundamento do dever de indenizar: se a responsabilidade civil é a sanção pela prática de um ato ilícito (art. 186, conjugado com art. 927 do CC), qual o dever violado no caso de abandono afetivo indenizável?

Na concepção de uniformização de interpretação de lei federal que decorre da decisão dos Embargos de Divergência no caso de abandono afetivo, falta, a rigor, justamente a uniformização da interpretação que os ministros dão à lei.

Com isso, o Tribunal deixa de estabelecer uma relação argumentativamente coerente entre suas decisões e as normas jurídicas em vigor, comprometendo a legitimidade daquelas.

A demonstração (argumentativa, por certo) de que o ordenamento jurídico impõe a todos um dever de reparar por abandono afetivo desde que presentes certas circunstâncias certamente não enfrenta a mesma dificuldade quando se parte da premissa da existência de um dever de cuidado ou da simples inexistência de um dever de amar.

Note-se, por exemplo, que ao reconhecer a responsabilidade por abandono afetivo em casos extremos, o Min. Villas Bôas Cueva não explica qual seria o dever violado (uma vez que, como ele

mesmo afirma, não existe um dever de amar). É uma argumentação contraditória, além de incoerente, aquela que baseia a responsabilidade civil na violação grave de um dever que afirmamos não existir.

Nada disso, no entanto, parece ser considerado relevante pelo Tribunal neste caso, indicando uma compreensão sobre a ideia de unificação de jurisprudência que anda de mãos dadas com a concepção de segurança jurídica como simples previsibilidade, negligenciando-se a coerência das razões de decidir e, portanto, a legitimidade das decisões judiciais.

O fato de que a decisão pelo não conhecimento dos Embargos de Divergência obteve apenas uma maioria apertada indica que a própria 2ª Seção do STJ não é pacífica quanto a este modo de enxergar o papel dos Embargos de Divergência e da atribuição constitucional ao STJ da função de unificação de interpretação de lei federal, o que consideramos um sinal positivo.

No entanto, no momento em que o país coloca em prática um Código de Processo Civil cujo objetivo declarado é a busca da uniformidade e estabilidade da jurisprudência (BRASIL, 2010, p. 19), é fundamental estar atento ao risco¹³ que representa para tal objetivo e, sobretudo, para as garantias constitucionais de legalidade e igualdade, uma compreensão equivocada do que significa unificar as posições dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Processual civil. Embargos de Divergência. Decisão proferida com base nas peculiaridades do caso. Exceção. Inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados. Recurso não conhecido. **Embargos de Divergência em RESP n. 1159242**. Relator: Ministro Marco Buzzi. J. em 09/04/2014. Disponível em: <https://bit.ly/2OKXPmH>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. **Recurso Especial n. 1159242**. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. J. em 24/04/2012. Disponível em: <https://bit.ly/2YPTBKk>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹³ Motta, ao tratar do projeto de uniformização de jurisprudência da Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de CPC já chamava atenção para o risco de considerar o processo como instrumento da atividade estatal, privilegiando objetivos de eficiência sobre a legitimidade democrática. Partindo também de uma visão interpretativista do direito, este autor acentua a relação do processo jurisdicional democrático com o *controle* da atividade jurisdicional e com a participação dos afetados (MOTTA, 2012, p. 13-14).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Civil. Recurso Especial. Família. Ação de indenização. Abandono afetivo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Alegada ocorrência do descumprimento do dever de cuidado. Não ocorrência. Ausência de demonstração da configuração donexo causal. Aplicação da teoria do dano direito e imediato. Prequestionamento inexistente no que tange aos acordos e convenções internacionais. Incidência das Súmulas n. 282 e 235 do STF. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Recurso Especial não provido. **Recurso Especial n. 1.557.978**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. J. em 03/11/2015. Disponível em: <https://bit.ly/2yN9gzy>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial. Civil. Direito de Família. Ação de indenização. Abandono afetivo. Não ocorrência. Ato ilícito. Não configuração. Art. 186 do Código Civil. Ausência de demonstração de configuração donexo causal. Súmula n. 7/STJ. Incidência. Pacta corvina. Venire contra factum proprium. Vedação. Ausência de prequestionamento. Dissídio jurisprudencial. Não caracterizado. Matéria constitucional. **Recurso Especial n. 1493125**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 23/02/2016. Disponível em: <https://bit.ly/2YwjYjx>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma). Recurso Especial. Civil e processual. Ação de investigação de paternidade. Reconhecimento. Danos morais rejeitados. Ato ilícito não configurado. **Recurso Especial n. 514350**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. J. em 28/04/2009. Disponível em: <https://bit.ly/2KpWvl3>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma). Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. **Recurso Especial n. 757411**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. J. em 29/11/2005. Disponível em: <https://bit.ly/2Kmnyxj>. Acesso em: 29 set. 2017.

DE ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Critical Inquiry**, vol. 9, n. 1, 1982, p. 179-200.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

GÓES, José do Carmo; LEMOS, Vinícius Silva. A nova amplitude dos embargos de divergência e sua importância na uniformização da jurisprudência. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFGRS**, vol. 10, n. 1, 2015, p. 368-390.

GROSS CUNHA, Luciana; ALMEIDA, Frederico de. Justiça e desenvolvimento econômico na Reforma do Judiciário brasileiro. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. **Direito e Desenvolvimento**. Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 361-386.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOURENÇO, Stella Rangel. Os embargos de divergência no projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**, vol. VII, n. 7, 2011, p. 186-204.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. A Theory of Legal Reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**. Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. *In*: MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. (org.). **Interpreting Precedents**. A Comparative Study. Aldershot/Brookfield: Dartmouth/Ashgate, 1997. p. 461-479.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). **Dogmática é conflito**. Uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21-32.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127-148.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

Flavia Portella Püschel

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Associada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). *E-mail*: flavia.puschel@fgv.br

Theófilo Miguel de Aquino

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). *E-mail*: teofilo.aquino@fgv.br