

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: COMENTÁRIO AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242/SP

*CIVIL LIABILITY BY AFFECTIVE ABANDONMENT: COMMENTS TO THE
SPECIAL APPEAL Nº 1.159.242/SP*

Luciana Gemelli Eick¹

Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

RESUMO: Pretende-se, através do presente artigo científico, desenvolver uma reflexão crítico-jurídica acerca da responsabilidade civil ensejada por danos existenciais e sua aplicação no direito de família brasileiro, especialmente no que toca às relações afetivas estabelecidas entre pais e filhos. Relevante será, também, analisar a eficácia social da decisão que pretende regular a manifestação de cuidado afetivo, bem como as consequências que a referida decisão poderá causar nas relações estabelecidas entre pais e filhos. Adotou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como importantes instrumentos desta investigação.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; dano existencial; dano extrapatrimonial; dano moral; direito de família; abandono afetivo.

ABSTRACT: *This article aims to develop a critical reflection on the civil liability occasioned by existential damage and its applicability on brazilian family law, especially with regard to the affective relations between parents and children. It will be also important to analyze the social efficacy of the decision that aims to regulate the expression of affective care, and the consequences that this decision may have on relations between parents and children. Bibliographical references and legal precedents were used as research tools in this investigation.*

KEYWORDS: *Tort law; existential damage; immaterial damage; moral damage; family law; affective abandonment.*

SUMÁRIO: 1 Relato dos fatos; 2 Argumentos adotados pelos julgadores; 3 Fundamentos jurídicos aplicados

¹ Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogada em Porto Alegre/RS.

ao caso; 4 Dignidade da pessoa humana e o abandono afetivo; 5 Análise crítica; Referências.

SUMMARY: *1 Report of the facts; 2 Arguments used by the judges; 3 Legal fundamentals applied to the case; 4 Human dignity and the affective abandonment; 5 Critical analysis; References.*

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade. (Konrad Zweigert e Hein Kötz)

1 RELATO DOS FATOS

Trata-se de Recurso Especial nº 1.159.242/SP, de relatoria da Sra. Ministra Nancy Andrighi, interposto pelo recorrente com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A autora alegou em sua petição inicial que foi vítima de abandono material e afetivo por parte de pai, que jamais teria lhe dedicado afeto durante o período de sua infância e juventude. Por essa razão, postulou a autora indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor do genitor.

A sentença julgou improcedente a ação, pois, por meio da prova testemunhal colhida, restou provado que o distanciamento ocorrido entre pai e filha deveu-se ao constante comportamento agressivo apresentando pela genitora da autora. Fator esse que veio a impedir que o pai se fizesse presente nos mais importantes momentos da vida da filha.

O juiz, ao prolatar a sentença, destacou os seguintes fatos relatados pelas testemunhas inquiridas:

A prova produzida demonstra que não existiu e não existe convívio entre autora e réu, filha e pai e tal situação decorre do comportamento agressivo da genitora da autora em relação ao requerido.

Tal fato é relatado pelas testemunhas inquiridas na audiência de instrução, inclusive incidentes ocorridos no casamento do requerido, onde a genitora da autora se fez presente visando tumultuar a cerimônia.

Esteve também na residência do requerido e em seu local de trabalho, promovendo escândalos, inclusive arremessando pedras contra a casa do mesmo.

Na data da audiência, nos corredores do Fórum, agrediu fisicamente o requerido e ameaçou as testemunhas que seriam inquiridas.

Tais fatos demonstram que a aproximação do requerido, à autora, sua filha, principalmente nas datas por ela mencionadas, como natal, formatura, aniversário, etc., era praticamente impossível, dado o comportamento agressivo da genitora da autora.

Inconformada, recorreu a autora pleiteando a total reforma da sentença. O acórdão, por sua vez, deu provimento ao apelo da recorrente, reconhecendo o dano afetivo causado pelo recorrido, seu pai, oportunidade em que foram fixados R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de danos morais. Por oportuno, segue ementa da 7ª Câmara "B" de Direito Privado, em acórdão relatado pela Desembargadora Daise Fajardo Jacot:

Ação de indenização. Danos morais e materiais. Filha havida de relação amorosa anterior. Abandono moral e material. Paternidade reconhecida judicialmente. Pagamento de pensão arbitrada em dois salários mínimos até a maioridade. Alimentante abastado e próspero. Improcedência. Apelação. Recurso parcialmente provido.

Em sede de recurso especial, alegou o genitor, ora recorrente, que não houve abandono afetivo e, ainda que tal fato tivesse ocorrido, esse evento não caracteriza conduta ilícita. Ressaltou que a única sanção possível de ser aplicada seria a perda do poder familiar (art. 1.638 do Código Civil de 2002). Alternativamente, pugnou pela redução do valor da condenação.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu o recurso especial.

A decisão da 3ª Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso especial interposto pelo genitor, entendendo, por maioria, que o abandono afetivo por parte dos genitores em relação aos seus filhos ensejaria dano moral passível de ser regulado pelo Direito e de ser objeto de reparação pecuniária por meio de indenização. Desse modo, o recurso especial manteve a decisão prolatada pelo

Tribunal de Justiça de São Paulo, reduzindo, no entanto, a condenação para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais).

Por oportuno, segue ementa da 3ª Turma do STJ, proferida no REsp 1159242, de relatoria da Sra. Ministra Nancy Andrighi:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - FAMÍLIA - ABANDONO AFETIVO - COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL - POSSIBILIDADE

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Boas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora, restando vencido o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda.

2 ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS JULGADORES

A Sra. Ministra Relatora, objetivando justificar a existência do dano moral nas relações familiares, apenas atesta que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. Percebe-se, no entanto, tratar-se de argumento de constatação negativa, objetivando apenas o preenchimento de uma lacuna existente em nossa legislação. Desse modo, o raciocínio desenvolvido pela Sra. Ministra é de que, diante da ausência de disposição legal, favorável deve ser a pretensão da autora.

Entende a Sra. Ministra Andrighi estarem presentes os elementos necessários à caracterização do dano moral, pois configurados os três elementos básicos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, o dano, a culpa e o nexo causal.

A Sra. Ministra, objetivando quantificar a ilicitude e a culpa do genitor, elabora um conceito de “cuidado”. Em sua percepção, uma vez não cumprido de maneira adequada esse dever de cuidado, justificada estaria a indenização pecuniária em benefício do filho. Nesse sentido, assim estabelece a Sra. Ministra:

[...] constituindo-se o cuidado fator crucial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

Desse modo, ressalta a Sra. Ministra que “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.

Na visão da Sra. Ministra, amor seria um sentimento subjetivo, intangível, condicionado à motivação individual e impossível de ser precisamente materializado juridicamente. O cuidado, por sua vez, teria elementos objetivos, possíveis de verificação e comprovação de seu cumprimento, exigindo ações concretas e voluntárias, tais como a presença, o contato – mesmo que não presencial –, e a exteriorização do afeto de maneira simétrica como o direcionado a outros filhos. Tal raciocínio é chancelado pela seguinte síntese: “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.

O voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti é mais esclarecedor no que diz respeito aos elementos fáticos que efetivamente pautaram o caso concreto para fins de qualificação do abandono paterno. Destacou o Sr. Ministro os seis atos que a filha abandonada havia invocado como ilícitos que acarretariam o seu direito à indenização moral:

- 1º – Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos;
- 2º – Não dar atenção às reclamações da filha em relação à simulação praticada;
- 3º – Falta de carinho, afeto, amor, atenção, apoio moral, nunca tendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos paternos, ajuda na escola, cultural e financeira;
- 4º – Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestiário e outras;
- 5º – Pagamento de pensão somente por via judicial;
- 6º – Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Assim sendo, o Sr. Ministro Sidnei Beneti concedeu parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em sentido contrário foi o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, que afirmou que

o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas

manifestações de amor e carinho é meio complexo [sic]. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

Do mesmo modo o Sr. Ministro Massami Uyeda assim questionou:

O que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão. Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, como todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou o voto Sr. Ministro Sidnei Beneti, concedendo parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS APLICADOS AO CASO

Primeiramente, cumpre ressaltar que, embora a decisão analisada assim não mencione, o instituto jurídico que autorizaria a concessão de indenização pecuniárias às relações afetivas teve origem na Itália, sob a nomenclatura *danno esistenziale* (dano existencial).

O estudo do dano existencial teve origem na Escola Triestina (da Universidade de Trieste), na década de 90. Os Professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, ao analisarem os precedentes jurisprudenciais atinentes aos danos biológicos, constataram a existência de casos que, em verdade, não poderiam ser enquadrados como danos biológicos. A partir disso, os referidos professores publicaram artigos doutrinários na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nos anos 1993 e 1994, que cunharam a expressão *danno esistenziale*².

A jurisprudência italiana, na metade da década de 90, acolheu essa nova modalidade de dano, abandonando a classificação tripartida (danos patrimoniais, morais e biológicos) de danos indenizáveis, para, a partir desse momento, passar a admitir uma classificação quádrupla de danos, ou seja, “ao

² FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408/156>>. Acesso em: 5 abr. 2013.

lado dos danos patrimoniais, havia um gênero de danos não patrimoniais, que abrangeeria as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais”³.

Trata-se de dano que atinge a existência da pessoa, consistindo na violação de qualquer dos direitos fundamentais da pessoa assegurados pela Constituição Federal. Representa uma modificação danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele anteriormente executadas, “prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer”⁴.

Nesse sentido, vale destacar interessante diferenciação feita pelo Professor Eugênio Facchini Neto no que toca aos danos morais subjetivos, danos existenciais e danos biológicos, senão vejamos:

Dano moral subjetivo (caracterizado pela presença da dor e sofrimentos internos, sem reflexos externos na vida da pessoa); o *dano existencial* (caracterizado sempre pelas consequências externas, na vida da vítima, em razão da alteração – introdução de um *non facere*, ou de um *facere* – de seus hábitos de vida e forma de ser relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades), passou-se a restringir os *danos biológicos* à presença de uma lesão física ou psíquica ou de um comprometimento da saúde, pericialmente identificados.⁵

O conceito mais completo de danos existenciais foi elaborado pela Corte de Cassação italiana, na Decisão nº 6.575, proferida em 24 de março de 2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (Sezione Unite), em que se afirmou que⁶

[...] por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas

³ Idem.

⁴ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. p. 25. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/dano%20existencial.doc>. Acesso em: 5 abr. 2013.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-196, set. 2012.

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas?

do sujeito, alterando os seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

Neste ponto, contém ressaltar que a Corte de Cassação italiana já condenou, em 7 de junho de 2000, um pai por não ter provido, de forma intencional, o sustento de seu filho. *In casu*, o pai apenas pagou alimentos ao filho anos após o seu nascimento e somente depois de intervenção judicial. Segundo a Corte de Cassação, a conduta ilícita do genitor ofendeu a condição jurídica de filho, cujo respeito ao pai é elemento fundamental para o seu sadio desenvolvimento. Assim sendo, o genitor foi condenado ao pagamento de indenização pelos danos existenciais causados ao filho⁷.

Estabelecidos estes conceitos iniciais básicos, convém analisar o papel da dignidade da pessoa humana, se é possível estabelecer um valor monetário pela ausência do afeto e se cabe ao direito indenizar tais mágoas a ponto de coagir alguém a demonstrar afeto.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ABANDONO AFETIVO

Para Immanuel Kant, defensor de ideais anticonsequencialistas, a pessoa não deve ser vislumbrada como objeto, mas, sim, como fim em si mesma, o que é ilustrado por meio da terceira formulação do imperativo categórico kantiano⁸, *in verbis*: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”⁹.

Complementando tal ideia, a dignidade humana foi por ele concebida da seguinte forma:

⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

⁸ PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986. p. 69.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹⁰

Assim sendo, para Immanuel Kant a dignidade (*Würden*) representa valor moral, sendo, portanto, insubstituível, pois não há equivalente. O referido autor destaca que o homem não deve ser transformado em instrumento para a obtenção de quaisquer fins.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do Brasil a elencar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III). Assim, também, a Carta Magna de 1988 foi a primeira a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais. Assim agindo,

o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.¹¹

A valorização da pessoa humana funda-se na ideologia cristã. Isso porque tanto no Antigo quando no Novo Testamento encontramos passagens que referem que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Foi justamente desta ideia que o cristianismo entende que o ser humano é detentor de um “valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”¹².

¹⁰ Idem, p. 77.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98.

Na esteira da concepção kantiana, o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, ao citar a obra de Günter Düring, assim destaca:

A dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.¹³

O vocábulo “dignidade” deriva do latim *dignus* – aquele que faz jus à estima e à honra, aquele que é importante. É o referido vocábulo que distingue os seres humanos dos demais seres vivos, sendo a dignidade inerente à espécie humana como um todo¹⁴.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁵. O Professor Ingo Wolfgang Sarlet preconiza ser a dignidade da pessoa humana, em sua completude,

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos,

¹³ DÜRING, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: *Archiv des Öffentlichen Rechts* (AöR), n. 81, 1956, p. 9 e ss. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 9, p. 380, jan./jun. 2007.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

¹⁵ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 93.

mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁶

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet, com base no art. 1^o¹⁷ da Declaração Universal da ONU (1948), destaca que a “dignidade independe de circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade”¹⁸.

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana também restou expressamente positivada em outros capítulos da Constituição Federal. Desse modo, a dignidade da pessoa humana se faz presente quando estabelece que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7^o), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). O art. 230 assegura que “a família, a sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”¹⁹.

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.²⁰

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 73.

¹⁷ “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devendo agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 101.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 76.

²⁰ *Idem*, p. 71.

Assim sendo, quando se afirma o respeito à dignidade da pessoa humana, está sendo afirmado, também, a deferência a uma existência digna do ser humano, o que, segundo Amaro Alves de Almeida Neto, é a mesma coisa²¹.

Desse modo, a proteção da dignidade do ser humano não pode ser afastada. Isso porque a dignidade da pessoa humana é inegociável e demanda proteção máxima. A referida proteção é conferida pelo legislador constitucional, na medida em que prevê direitos fundamentais e da personalidade²².

Do reconhecimento da dignidade humana decorrem os direitos de personalidade. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente no art. 5º, X, os direitos à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, entre outros direitos. Paulo Luiz Netto Lôbo entende que os referidos direitos são essenciais, pois, sem eles, “não se concretizaria a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los”²³.

Para Pietro Perlingieri, a personalidade não é um direito,

mais um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma de direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas.²⁴

Na compreensão de Yussef Cahali, a pessoa humana tem o direito de desenvolver a sua personalidade sem “cortes abruptos e estanhos à sua conduta, mantidos todos os predicados que a ornaram com seus atributos, preferências e

²¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana*, p. 10.

²² *Idem*.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001. p. 86.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157-8.

até caprichos”²⁵. O citado autor ainda refere que uma lesão a um indivíduo pode “reprimir seu ego, sepultar esperanças, abreviar o ciclo etário, afetando um convívio normal”²⁶.

Assim sendo, entende-se, com base nos ensinamentos de Immanuel Kant, que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista e tratada como objeto, pois, conforme já ressaltado, para ela não há equivalente. No caso do precedente analisado, percebeu-se que houve uma reificação²⁷ da figura paterna. Pois, em verdade, o que se buscou por meio do litígio foi simplesmente a indenização pecuniária. Tratando o pai, deste modo, apenas como objeto, instrumento, e não como sujeito detentor de dignidade, ainda que carente de virtude.

5 ANÁLISE CRÍTICA

Início esta singela análise crítica lembrando a frase utilizada como epígrafe do presente artigo científico:

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade. (Konrad Zweigert e Hein Kötz)

Entende-se, da leitura de frase *supra*, que não cabe à disciplina da responsabilidade civil regular todos os eventos danosos que cotidianamente se concretizam. É necessário, primeiramente, avaliar as consequências de cada grupo de acontecimentos para, posteriormente, com base nos ideais de justiça e equidade, estabelecer se o direito dever regular tais fatos, transferindo, portanto, os danos sofridos pelo lesado ao autor do dano.

Assim sendo, cabe aqui questionar se a decisão da 3ª Turma do STJ, proferida no REsp 1159242 – que entendeu, por maioria, que o abandono afetivo por parte do genitor em relação ao seu filho enseja dano moral –, constitui fato

²⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

²⁶ Idem.

²⁷ HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

da vida passível de ser regulado pelo direito e, por consequência, objeto de reparação pecuniária?

Alguns jusfilósofos contemporâneos, tais como Hans Kelsen e Joseph Raz, afirmariam que sim, “que o direito não só estaria apto a apreender e regular todos os fenômenos manifestados na realidade empírica, como também seria peça absolutamente necessária na transformação dos modelos sociais e no incentivo de atitudes dos particulares”²⁸.

O Direito exerce papel fundamental na sociedade, incentivando condutas socialmente relevantes. No entanto, entende-se que existem “parcelas da realidade para as quais o Direito, por óbvio, não se presta como instrumento de intervenção. O amor paterno aparenta ser uma destas situações”²⁹.

Ressalte-se, entretanto, que, ao adotar tal posicionamento, não está se negando, de forma alguma, o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade dos indivíduos que compõe essas relações. Afirma-se, apenas, que existem determinados fatos da vida que, infelizmente, não cabem ao Direito regular. Entende-se que um desses casos é a troca afetiva.

A figura paterna é, sem sobra de dúvidas, algo extremamente valioso na vida de praticamente todas as pessoas. Assim, a demonstração de afeto de um pai para com seus filhos é algo extremamente positivo, devendo, por certo, ser incentivado e cultivado no meio social e familiar.

O que se objetiva demonstrar aqui é que existem determinadas características morais que não podem ser condenadas, nem reparadas quando violadas, pelo Direito. O pai que não dedica amor para com seu filho possui, certamente, um defeito de caráter, um problema de virtude. No entanto, o referido defeito de caráter, que o impede de demonstrar afeto, não pode ser pelo direito regulado.

Se o Direito assim fizer, com é o caso da presente decisão ora discutida, estamos impondo a certos pais, detentores da referida falha de caráter, dedicar afeto quando, em verdade, não gostariam de fazê-lo. A demonstração coercitiva de afeto não contribuirá ao bom desenvolvimento dos filhos. Nesse sentido foi o posicionamento adotado no REsp 757.411, vejamos: “Como escapa ao arbítrio

²⁸ FERREIRA NETO, Arthur. O amor jurídico. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=3355>>. Acesso em: 10 maio 2013.

²⁹ Idem.

do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Assim, também questiona-se se a criança, após a condenação do pai, encontraria na figura do genitor, que antes o preteriu, “ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se veria definitivamente afastada daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso”³⁰

Entendeu a 4ª Turma do STJ que

por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil.

Ressalte-se que, no caso dos autos, conforme destacado pelo magistrado ao prolatar a sentença, a genitora da filha também contribui para com o afastamento do pai. Nesse sentido também se manifestou a 4ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 757.411/MG, vejamos:

[...] é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

O Professor Miguel Reale Júnior, com muita sabedoria, destaca:

Dar afeto ou cuidar afetivamente – ser conselheiro, amigo, garantir equilíbrio emocional e inserção social – não constitui um dever jurídico, a não ser que se

³⁰ Questionamento formulado pela 4ª Turma no julgamento do REsp 757.411/MG, de relatoria do ilustre Ministro Fernando Gonçalves: “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”.

queira instituir a hipocrisia por força de lei. Muitas são as circunstâncias que a vida apresenta quanto aos afetos, a começar pela espontânea afinidade surgida sem se saber por quê. Pretender colocar o Estado a ditar o sentimento do afeto é um autoritarismo paternalista inaceitável.³¹

Cabe referir que o Direito não deve ser visto como um instrumento capaz de reprimir todas as práticas reprováveis moralmente. Dito de outro modo, o direito, por óbvio, não é o mesmo que a moral. Por isso, atos contrários à moral não são todos geradores de danos reparáveis pelo Direito. Nesse sentido, cabe retomar a importante lição de Tomás de Aquino, apresentada no tratado da lei, questão nº 96, art. 2º, onde o autor, enfrentando a pergunta acerca da possibilidade de a lei humana coibir todos os vícios, responde negativamente, dizendo:

[...] a lei é imposta como uma regra ou medida dos atos humanos. A medida deve ser homogênea ao que é medido, como se diz no Livro X da Metafísica: coisas diversas são medidas por medidas diversas. Por tanto, é necessário que também as leis sejam impostas aos homens segundo a sua condição, porque, como diz Isidoro, a lei deve ser “possível, segundo a natureza e segundo o costume da pátria”. O poder ou a faculdade de agir procede de um hábito interior ou disposição: com efeito, a mesma coisa não é possível àquele que não tem o hábito da virtude e ao virtuoso, assim como também não é possível à criança e ao homem adulto. E por causa disso não se impõe às crianças a mesma lei que aos adultos: com efeito, muitas coisas são permitidas às crianças que são punidas pela lei nos adultos, ou também são condenadas. E semelhantemente muitas são permitidas aos homens não perfeitos na virtude, as quais não seriam toleradas nos homens virtuosos. *Ora, a lei humana é imposta à multidão dos homens e nessa a maior parte é de homens não perfeitos na virtude. E assim pela lei humana não são proibidos todos os vícios, dos quais*

³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. O afeto ou a bolsa. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,o-afeto-ou-a-bolsa,-881355,0.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

se abstêm os virtuosos, mas tão-só os mais graves, dos quais é possível à maior parte dos homens se abster; e principalmente aqueles que são em prejuízo dos outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode conservar-se; assim são proibições pela lei humana os homicídios, os furtos e coisas semelhantes. [...]

Deve-se dizer que a *lei humana* *tenciona induzir os homens à virtude*, não de súbito, mas gradualmente. E assim não impõe imediatamente à multidão dos imperfeitos aquelas coisas que são já dos virtuosos, como, por exemplo, que se abstenham de todos os males. De outro modo, os imperfeitos, não podendo suportar tais preceitos, se lançariam a males piores, como se diz no livro dos Provérbios: “Quem é comprimido demasiadamente, sangra”; e no Evangelho de Mateus se diz que “se o vinho novo”, isto é, os preceitos da vida perfeita, “é posto em odres velhos”, isto é, em homens imperfeitos, “quebram-se os odres e entorna-se o vinho”, isto é, os preceitos são desprezados, lançam-se os piores males.

Deve-se dizer que a lei natural é certa participação da lei eterna em nós: e a lei humana é deficiente em relação a lei eterna. Diz, com efeito, Agostinho: “Esta lei que é lavrada para reger as cidades, concede muitas coisas e deixa impunes aquelas que são punidas pela divina providência. Com efeito, não é porque não faz todas as coisas que as que faz devem ser provadas”. *Portanto, a lei humana também não pode proibir todas as coisas que a lei da natureza proíbe.* (grifou-se)³²

Com base nos ensinamentos de Tomás de Aquino, constatou-se que existem certos fatos da vida que não podem ser pelo direito regulado. Isso porque decorrem, em verdade, de defeitos de virtude. Defeitos esses que a maior parte dos seres humanos possuem.

No caso analisado – em que pese o comportamento da mãe da genitora que, conforme relatado pelas testemunhas, dificultou o processo de aproximação

³² AQUINO, Tomás de. *Suma teológica IV*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 585-7.

entre pai e filha –, constata-se que o pai, de fato, não se empenhou de forma a superar as dificuldades de relacionamento impostas pela mãe da autora; ensejando, com isso, o total afastamento entre pai e filha. Agindo desse modo, o genitor revelou possuir defeito de virtude. Defeito esse que dever ser punido pela moral, e não pelo Direito.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/dano%20existencial.doc>. Acesso em: 5 abr. 2013.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica IV*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-196, set. 2012.

_____; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408/156>>. Acesso em: 5 abr. 2013.

FERREIRA NETO, Arthur. O amor jurídico. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=3355>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. O afeto ou a bolsa. Disponível em: "<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,o-afeto-ou-a-bolsa-,881355,0.htm>". Acesso em: 15 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 9, p. 361-88, jan./jun. 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.