

A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N.º 1.159.242-SP

LA EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN PROFERIDA EN EL RECURSO ESPECIAL N.º 1.159.242-SP

**César Augusto de Castro Fiúza
Thiago Penido Martins**

RESUMO: O artigo tem o objetivo precípua realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas familiares, a partir da análise do julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, especialmente acerca do cabimento de indenização por abandono afetivo, na tentativa de encontrar proposições capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade com a garantia da proteção da autonomia privada e liberdade, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia dos Direitos Fundamentais; Relações Familiares; Igualdade de Tratamento; Abandono Afetivo; Responsabilidade Civil.

RESUMEN: El artículo tiene el objetivo de realizar minucioso y pormenorizado estudio acerca de la temática de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, específicamente, de la eficacia del derecho fundamental a la igualdad en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares, a partir del análisis del Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, con el objetivo de contribuir para el desarrollo de los debates existentes, especialmente acerca de la posibilidad jurídica de la indemnización por abandono afectivo, en la tentativa de encontrar proposiciones capaces de conciliar la necesidad de promoción de la igualdad con la garantía de la protección de la autonomía privada y libertad, corolarios del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

PALABRAS-LLAVE: Eficacia de los Derechos Fundamentales; Relaciones Familiares; Igualdad de Tratamiento; Abandono Afectivo; Responsabilidad Civil.

1 - Introdução

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos

fundamentais tornam incessante e infundável seu processo de evolução. O tempo passará, a sociedade passará por profundas transformações, novos direitos surgirão, direitos existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais.¹

Nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, o fenômeno do poder social ou econômico tornou necessária a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, que deverá ser vislumbrada a partir de um novo enfoque, haja vista que não somente o poder estatal, mas também os particulares, passaram a constituir séria ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua capacidade de, no âmbito de suas relações jurídicas privadas, vulnerarem direitos fundamentais de outros particulares.

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam ser observados sob uma nova perspectiva, com o desiderato de conferir-lhes maior efetividade na árdua tarefa de proteger os indivíduos e a sociedade. A partir deste novo enfoque, busca-se ampliar o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, pois os direitos fundamentais deixam de ser concebidos exclusivamente como limites à atuação do poder público, para também imporem limites aos particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

A nova compreensão da Constituição trouxe consigo importantes reflexos sobre o ordenamento jurídico e, especialmente, sobre o direito privado. O reconhecimento da força normativa e da supremacia do texto constitucional, com a sobrelevação da importância dos princípios constitucionais, destacadamente em razão da sua capacidade para promover a unidade, sistematicidade e harmonia ao ordenamento jurídico, fomentou o desenvolvimento do fenômeno denominado constitucionalização do direito privado.

Se no positivismo jurídico os princípios eram destituídos de força normativa, sendo-lhes atribuída função meramente subsidiária, no pós-positivismo jurídico há uma mudança de compreensão, especialmente em razão do reconhecimento de que eles são inequivocamente dotados de força normativa. Com a mudança de perspectiva, as normas constitucionais passam a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, conformando a elaboração e interpretação das normas de direito privado.²

O fenômeno da constitucionalização, no qual se encontra inserida a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, trouxe importantes

¹ Conforme BILBAO UBILLOS, “*conviene insistir en la radical historicidad de los derechos fundamentales: éstos han experimentado y siguen experimentando profundas transformaciones porque la realidad socio-política en la que se insertan cambia*”. (2006, p. 302).

² Interessante é a constatação tecida por FACHIN, segundo o qual “*O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil*.” (2003, p. 100).

reflexos e influxos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento de toda e qualquer norma infraconstitucional integrante dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a própria relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.³

Definir da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade, assume, neste contexto, extrema importância e requer de toda especial atenção, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre os efeitos da adoção de uma eficácia direta ou indireta deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, principalmente considerando que, se é necessário conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, indispensável também assegurar e proteger a autonomia privada e a liberdade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesse diapasão, o artigo tem o objetivo precípuo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas familiares, a partir da análise do julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade com a garantia da proteção da autonomia privada e liberdade, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

2 - Igualdade e relações jurídicas privadas

A eficácia do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares tem sido objeto de enorme controvérsia no âmbito do ordenamento jurídico europeu. A questão que vem sendo aventada está em se delimitar se o texto constitucional poderia impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com igualdade em suas relações jurídicas privadas, obrigando-o a justificar objetivamente qualquer descumprimento ao tratamento igualitário, ou se o exercício da liberdade inclui necessariamente uma margem de arbítrio e discricionariedade que não pode ser limitada injustificadamente, sob pena de supressão da autonomia privada e liberdade individual.

³ Segundo FACHIN, “*A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado*” (2003b, p.100). Para TEPEDINO, estaríamos no contexto “*em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas*” (2008, p.23).

No âmbito do ordenamento jurídico europeu muitos são os estudiosos que tem se dedicado a analisar a polêmica e relevante questão da aplicabilidade do direito fundamental à igualdade às relações jurídicas privada⁴, especialmente em decorrência da edição pela Comunidade Européia de diversos instrumentos normativos⁵ disciplinando a aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações jurídicas privadas, como mecanismo de combate à discriminação, bem como em razão da incorporação destes instrumentos normativos por ordenamentos jurídicos dos Estados integrantes da Comunidade Européia, como ocorreu, por exemplo, em Alemanha, Espanha e Portugal.⁶

A definição da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares assume extrema importância e requer de todos aqueles que se dedicam ao estudo do direito privado e dos direitos fundamentais especial atenção, impondo um detido e acurado estudo sobre os efeitos da atribuição de uma eficácia direta ou indireta, principalmente sobre a autonomia privada e liberdade individual. Isto porque, ao mesmo tempo em que a admissão de uma eficácia direta do princípio da igualdade poderá importar em risco para a autonomia privada, fonte dos negócios jurídicos e indispensável à vida humana, a adoção incondicionada da teoria da eficácia indireta poderá não ser suficiente para impedir atos de discriminação realizados por particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

Se a questão da eficácia dos direitos fundamentais em geral é controvertida, a questão se torna ainda mais tormentosa quando se trata de definir em que medida os particulares, no âmbito de suas relações privadas, encontram-se vinculados ao direito fundamental à igualdade, haja vista que a aplicabilidade deste direito poderá acarretar uma excessiva restrição à liberdade da pessoa humana, ao exercício da autonomia privada, obstaculizando o

⁴ AGUILERA RULL, INFANTE RUIZ, CARBONELL, BILBAO UBILLOS, MC CRORIE, GALVEZ CRIADO, GALVEZ MUÑOS, GRACIELA CAYUSO, ALFARO AGUILA-REAL, REY MARTINEZ, ALONSO GARCIA, ANDRADE, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, SUAY RINCON, GARCIA RUBIO, DE CASTRO Y BRAVO, CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE.

⁵ Cite-se a Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e por último, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

⁶ Dentre as principais legislações que incorporaram os preceitos das directivas comunitárias, cite-se a Lei Geral de Tratamento Igualitário (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), que entrou em vigor em 14 de agosto de 2006, em Alemanha; a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e a Lei 18 de 11 de maio 2004, em Portugal.

agir humano livre e democrático, comprometendo o livre desenvolvimento da personalidade humana. Deve ser garantido aos indivíduos um espaço privado de livre determinação, no qual possa gerir sua vida privada e eleger a melhor forma de promoção de sua personalidade.

Nem mesmo os autores que sustentam a máxima eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se olvidam da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade, pois a aplicação irrestrita e incondicionada do direito fundamental à igualdade certamente acarretará situações jurídicas absurdas e insuportáveis, decorrente a planificação do agir humano.⁷ Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente representadas nas palavras de BILBAO UBILLOS, segundo o qual:

Nem mesmo aqueles que advogam pela máxima eficácia dos preceitos constitucionais negam que essas áreas de imunidade ou autonomia existem. Ao fim e ao cabo, a abolição dessa esfera privada é um dos sinais de identificação do totalitarismo. A existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter que dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. Estender ao âmbito das relações jurídico-privadas o princípio constitucional da igualdade, uma regra alheia a este mundo, pode acarretar consequências absurdas e insuportáveis. (2007, p. 394)

Se a maioria dos teóricos concorda que o princípio da igualdade é imperativamente aplicável nas relações jurídicas entre os indivíduos e os poderes públicos, constituindo verdadeiro direito subjetivo, o mesmo não se procede quando se discute a aplicabilidade deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, especialmente em razão de seu conflito com os direitos fundamentais à liberdade e à autonomia privada. A questão, a despeito de controvertida, não tem merecido destaque entre os teóricos brasileiros, haja vista que poucos se dedicaram ou têm se dedicado a discussão do tema.⁸

A questão adquire relevância se se considerar que a discriminação é, antes de jurídico, um fenômeno social, que se manifesta em todo tecido social, não estando restrito às relações jurídicas entre indivíduos e os poderes públicos. Assim, por se caracterizar muito mais como uma prática sistemática e generalizada, pauta de conduta social implícita, decorrente de estereótipos arraigados, o combate à discriminação se faz necessário em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade.

⁷ Nesse sentido são preleciona MC CRORIE: *“É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial.”* (2005, p. 45).

⁸ STEINMETZ talvez seja o único autor brasileiro que se dedicou a fimco a analisar a questão da eficácia da igualdade nas relações jurídicas não laborais.

Restringir a aplicabilidade do princípio da igualdade às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público comprometeria a efetividade de quaisquer políticas públicas de eliminação ou redução da discriminação. Conforme AGUILERA RULL:

A extensão da proibição de discriminação aos sujeitos de direito privado leva em conta que a discriminação não é de fundo um problema de abuso de poder por parte do Estado. O fenômeno da discriminação não tem tanto a ver com a relação do indivíduo com uma corporação, com a relação entre dois sujeitos diferentes. A discriminação é um fenômeno no qual a sociedade civil joga no papel central. Não é possível erradicar a discriminação limitando-se a garantir umas relações entre o indivíduo e os poderes públicos baseadas no princípio de não discriminação. (2009, p. 19, tradução nossa)

Conforme destaca CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE,

[...] o tema da igualdade e sua consecução prática, muito mais para lá de estar resolvido, segue plenamente vigente, e um dos objetivos dos atuais governos e legisladores segue sendo, como em outras épocas, avançar formalmente neste caminho, para que se possam dar em todos os âmbitos as condições necessárias objetivas que garantam a igualdade dos cidadãos, respeitando em todo caso as peculiaridades de cada um deles. (2009, p. 104, tradução nossa)

Ressalte-se, contudo, que de igual modo, a garantia a cada indivíduo de espaços privados de decisão e atuação livres e imunes a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade, permitindo-lhes agir de forma autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática. Obviamente, que a garantia desses espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos não pode transformá-los em espaços institucionalizados de legitimação a prática de atos de discriminação. Assim, verifica-se que a solução para a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares não se encontra na defesa de entendimentos extremos, mas sim, dependerá das especificidades e peculiaridade do caso concreto.⁹

MC CRORIE, ao analisar a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, destaca que nas relações laborais a eficácia do princípio da igualdade é possível, uma vez tratem-se de relações em que predomina o desequilíbrio entre os sujeitos¹⁰. Contudo, no que concerne às relações jurídicas não laborais, sustenta que os

⁹ Nesse sentido é que NOVAIS sustenta que mesmo nos casos de discriminação assentadas em motivos de raça, origem, etnia, cor ou sexo, casos típicos de discriminações suspeitas, em que se presume a existência de ato discriminatório ilícito, se a discriminação estiver fundamentada em justificativas legítimas, razoáveis e proporcionais, a presunção de ilicitude será elidida. (2004)

¹⁰ O mesmo ocorre quanto atividade em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas à atividades de natureza pública.

sujeitos “já não deverão estar vinculados a este princípio, sobretudo se se tratar de uma relação contratual que esteja intimamente ligada com a sua esfera privada”¹¹, e cita as relações de emprego doméstico, de locação de bens imóveis, as de natureza associativa e familiares, como outros exemplos de relações jurídicas privadas em que a aplicabilidade direta do princípio da igualdade não seria possível. Sustenta a autora que:

Parece-nos que será excessivamente restritivo considerar que poderá haver aí um verdadeiro dever de contratar, pelo que parece fazer sentido considerar que também estas diferenças de tratamento não são ilícitas em si mesmas. Só se qualificarão como tais aquelas que impliquem, além disso, a violação de outros valores constitucionais substantivos. (2005, p. 60).

BILBAO UBILLOS, apesar de ser um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, no que tange a eficácia do direito fundamental à igualdade sustenta que este direito “tem uma eficácia muito limitada no âmbito das relações regidas pelo direito privado, devido a ampla articulação que neste contexto se reconhece ao princípio da autonomia privada, um princípio que conta também com respaldo constitucional”¹². Destaca, todavia, que a autonomia e liberdade conferida aos indivíduos para gerir seus próprios interesses em suas relações privadas sem ingerências externas deverá ser exercida sem que haja violação aos outros direitos fundamentais ou à ordem pública.¹³

Em linhas gerais, a doutrina rechaça a vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas enquanto proibição de arbitrariedade ou imperativo de razoabilidade no comportamento particular. A liberdade individual, na sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de arbítrio e não pode ser limitada injustificadamente. Pode ser exercida de forma irracional e incongruente. L. Herkin, um autor norte-americano, defendeu há muitos anos “*the individual’s freedom to be irrational*”, uma liberdade que a Constituição nunca pretendeu eliminar. Em

¹¹ Em igual sentido (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 392)

¹² 2007, p. 392. Em igual sentido SUAY RINCON, 1991, p.853. Ainda de acordo com BILBAO UBILLOS: “a imensa maioria dos autores nega a eficácia frente a terceiros do princípio da igualdade” (1997, p. 405). De acordo com LARENZ: “o princípio da igualdade é de escassa importância, já que são admissíveis as desigualdades que o desfavorecido consente, salvo quando se trate de situações extremas em que há que considerar o consentimento como contrário aos bons costumes.” (1993, p. 138).

¹³ Nesse sentido tem sido as manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol o qual destacou que “no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de ser aplicados ponderadamente, pois não de se fazer compatíveis com outros valores ou parâmetros que têm sua origem última no princípio da autonomia da vontade, e que se manifestam através dos direitos e deveres que nascem da relação contratual” (ESPANHA, 1988, STC 177). Em igual sentido (CARRASCO PERERA, 1991, p.10) (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 1990, p.424);

lugar de impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com elegante igualdade em suas relações recíprocas, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra (sua decisão, por exemplo, de não contratar com uma pessoa quando o fez com outras em idênticas circunstâncias), deve-se permitir um espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade. (2007, p. 393).

E conclui:

Existe uma esfera de atuação puramente privada, um reduto de vida autenticamente privado, que fica fora de alcance das normas constitucionais, no qual os indivíduos são livres para discriminar na hora de selecionar as pessoas com as quais vão se relacionar (podem convidar para sua casa ou para uma festa aqueles que creem convenientes, associar-se com quem desejem e negar-se a entrar em determinado estabelecimento, pelos motivos que sejam), de regular essas relações (determinando o conteúdo dos contratos, dos estatutos sociais ou das disposições testamentárias) e de comportarem-se, em geral, de uma maneira que está vedada ao Estado. (2007, p. 394).¹⁴

Em linhas gerais, teóricos e tribunais europeus têm afastado a aplicabilidade direta do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, salvo no que tange às relações jurídicas de natureza trabalhista, nos casos em que o fornecimento de bens e serviços ocorre em regime de monopólio, quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar para o fornecimento de bens e serviços, ou quando a atividade privada for, de alguma forma, estimulada ou subsidiada pelo poder público, tal como ocorre nos casos das empresas prestadoras de serviços sob o regime de concessão, permissão ou autorização pelo poder público, haja vista que nesta hipótese a aplicabilidade decorrerá de um efeito indireto da vinculação dos poderes públicos ao princípio da igualdade.¹⁵

Fora estas hipóteses, teóricos e tribunais também se manifestado, em regra, no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas critérios de raça, cor, origem, etnia ou sexo, são presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis por contrariarem outros valores constitucionais. Essas hipóteses de discriminação somente seriam admitidas quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, como ocorre, por exemplo, nos casos dos contratos de seguro de vida, saúde ou de veículos, em que o sexo, a idade ou a raça

¹⁴ Conforme saliente PRIETO SANCHIS “é evidente, por exemplo, que os particulares podem adotar decisões ou subscrever contratos atendendo a critérios discriminatórios vedados ao poder público. Porém isso não sucede porque a igualdade seja irrelevante nas relações privadas, senão porque deve-se conjugá-la com a liberdade ideológica e pessoal dos demais indivíduos.” (1994, p. 214-215).

¹⁵ ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120.

podem constituir elementos que majoram ou minoram os riscos securitários, baseando-se em dados estatísticos.^{16 17}

Ademais, a despeito da maioria dos teóricos admitirem apenas a eficácia indireta do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, condicionando a sua eficácia a prévia intermediação legislativa ou a concreção judicial das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em sua maioria sustentam que se a discriminação não se basear em “*diferenciação objetivamente justificada*”, “*motivo racionalmente evidente*”, “*justificação racional e objetiva, não arbitrária*”¹⁸, esta atentará contra o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-a ilegítima e inconstitucional. Note-se, que neste caso, não é o princípio da igualdade que possui eficácia direta, mas sim o princípio da dignidade da pessoa humana que tornará ilícita a discriminação.

Há que se destacar, ainda, dada a relevância, que no ordenamento jurídico brasileiro a própria legislação civil, assegurando a liberdade e autonomia privada, tutela o tratamento discriminatório no âmbito de relações jurídicas familiares quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador, conforme preceitos legais contidos nos artigos 549 e 1789 ambos do Código Civil, disponha livremente da metade de seus bens ou da herança. Assim, no que tange a parte disponível poderá o doador ou testador optar por doá-la ou destiná-la de forma diferenciada entre seus filhos ou, inclusive, doá-la ou destiná-la a apenas um deles sem que os demais possam nulificá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade.¹⁹

Nesse sentido, a título de exemplificação, o testador não está obrigado a dividir em parte iguais os bens que compõem a fração disponível, o comerciante a dar igual desconto no preço de uma mercadoria para amigos

¹⁶ Basta lembrarmos, por exemplo, que no Brasil, a esperança de vida das mulheres é superior a dos homens, o risco de acidentes automobilísticos envolvendo condutoras mulheres é menor do que aqueles envolvendo condutores homens, a maior idade do segurado lhe coloca em situação de maior probabilidade de demandar assistência médico-hospitalar. Todos esses são fatores que são considerados na celebração do contrato. Isto porque, conforme destaca AGUILERA RULL: “*es decisivo para el asegurador garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando.*” (2009, p.10) Igualmente (GARCIA RUBIO, 2006, p. 12) (FERNANDEZ TORRES, 2007, p.475).

¹⁷ Por isso, não podemos concordar com STEINMETZ quando parece sustentar que sempre quando a discriminação se basear em critérios de dor, idade, religião, raça, origem, sexo se estará violando a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor: “*os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem sexo e de quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as demais matrizes e os objetivos fundamentais da CF.*” (2004, p. 260).

¹⁸ Os termos são utilizados, respectivamente, por (LARENZ, 1993, p. 141), (CANOTILHO, 2003a, p. 1161) e (PINTO, 1999, p. 80).

¹⁹ Neste caso o tratamento diferenciado poderia, inclusive, levar em consideração o fato de se tratar de filho “legítimo”, adotivo ou espúrio. Destaque-se, que no caso específico existe, inclusive, norma constitucional específica relativa a igualdade entre filhos.

e não amigos, o esportista a conceder entrevista a todas as empresas de comunicação, o jornal a publicar na coluna de opinião todos os artigos que recebe, o professor a manifestar simpatia ou amizade por todos os alunos, o médico cirurgião a cobrar igual preço de todos quando igual for o procedimento, o locador a conceder iguais descontos ou carências para todos os seus locatários. (STEINMETZ, 2004, p. 262).

Conforme se pôde inferir, a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares é tormentosa e comporta soluções dogmáticas variadas, haja vista estarem em conflito os importantes direitos fundamentais à igualdade, liberdade, autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, não se pode sustentar de forma acrítica e uniforme a aplicabilidade direta do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, haja vista que estará condicionada às peculiaridades e especificidades do caso concreto, nem mesmo possível sustentar que toda discriminação é necessariamente ilícita, uma vez que será ilícita a discriminação que não se basear em motivo razoável e justificável, que atentar contra outros direitos fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana, contra a ordem pública, os bons costumes, ou nos casos em que o exercício da liberdade e da autonomia privada caracterizar abuso de direito.

Sustentar a eficácia direta e irrestrita do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, obrigando os particulares a sempre apresentar uma justificativa racional e objetiva para o tratamento diferenciado, implicaria em restrição indevida e não razoável à liberdade e à autonomia privada, limitando sobremaneira o espaço privado de livre determinação e desenvolvimento da personalidade. Assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os exercícios da liberdade e da autonomia privada não são absolutos, uma vez que deverão ser exercícios em conformidade com os demais direitos fundamentais, mas sua proteção é indispensável à existência de uma sociedade livre e democrática, em que não há a planificação do agir humano decorrente da imposição de uma moral oficial.

3 - Igualdade de Tratamento e Abandono Afetivo: uma análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Atualmente, tornou-se moda nos meios familiaristas uma visão romântica da família, fundada no amor e no afeto. A família, por este prisma, seria o *locus* do afeto, sendo o ambiente mais adequado para a promoção do ser humano. De fato, a família ainda é, como regra, o ambiente mais adequado para o desenvolvimento do ser humano, mas não por ser necessariamente um local de amor e de afeto. Dentre outras razões, é por

ser o ambiente em que nascemos e no qual nos sentimos naturalmente mais protegidos. Seguramente, há amor e afeto no âmbito familiar, mas não só; há também ódio, rivalidades e violência (física e moral). A família, na melhor das hipóteses, é um agrupamento de neuróticos, que se fazem bem uns aos outros, mas que também se fazem muito mal. Muitas vezes, é melhor para a criança ser afastada do *locus* familiar, que só lhe traz malefícios.

É importante frisar tudo isso, porque, alguns magistrados, com base nessa visão romântica e irreal de família, como o *locus* do afeto, inserem crianças em lares adotivos, sem uma pesquisa adequada, a fim de se constatar se os adotantes têm, realmente, condições de criar filhos. Eventualmente, esse romantismo piegas pode levar a se inserir uma criança num lar de psicóticos perigosos, que só farão projetar suas perversões no pobre filho adotivo. Em casos como estes, melhor será deixá-lo no orfanato, por pior que seja. Família não é *locus* de amor e afeto. Família é um agrupamento de seres humanos reais, neuróticos quando nada, que se amam, mas se odeiam, que se fazem bem, mas se fazem mal. Família é *locus* de amor, mas também de violência e de desafeto. Essa é a família da vida real.

Ao se falar em família como *locus* de afeto, só pode ser no sentido psicanalítico, não no sentido vulgar. Para a psicanálise, afeto é um dos estados emocionais, cujo conjunto constitui a gama de todos os sentimentos humanos, do mais agradável ao mais insuportável.²⁰ Neste sentido, até se pode admitir a ideia de que família seja *locus* de afeto, jamais, porém, no sentido coloquial, em que afeto é sinônimo de amor, de carinho. Não é só amor e carinho o que se vê no ambiente familiar. Há que tomar cuidado com esse modismo bem intencionado, mas meio infantil, principalmente nas adoções, mas não só nelas, por óbvio. Hoje em dia, por exemplo, com base nessa pieguice romântica, fala-se em indenização por abandono afetivo, o que não se justifica, por nenhum prisma.

O princípio da igualdade diz respeito tanto aos sexos, quanto aos filhos. Assim, homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, bem como os filhos também o são, pouco importando sua origem, se do casamento ou não. A igualdade entre homens e mulheres aplica-se evidentemente às relações entre marido e mulher, companheiro e companheira. Em relação a este princípio, é fundamental que se esclareçam alguns pontos. Em primeiro lugar, muitas vezes será necessário tratar desigualmente os desiguais, exatamente para igualá-los. Não se poderá ponderar com os mesmos pesos e

²⁰ CHEMAMA, 1995, p. 10.

medidas a situação do homem e da mulher, em uma relação conjugal, sob pena de deixar a mulher, como regra, em condições muito piores. Por isso mesmo, é que por vezes, são decretados alimentos temporários, até que a mulher possa se estabelecer e tenha condições de se manter por si mesma. Logicamente, que se ficar comprovado que o homem é sustentado pela mulher, pode ser o caso, se bem que raro, de ser ele o detentor do direito a alimentos.

Por óbvio que o princípio da igualdade não se aplica pura e simplesmente nas relações conjugais. Sua aplicação dependerá da Lei, do bom senso e da análise das peculiaridades e especificidades do caso concreto. O juiz não poderá, como regra, se imiscuir nas relações íntimas ou cotidianas (domésticas) do casal, para aí impor a igualdade. É óbvio que esse princípio não tem aplicação nas relações afetivas, sexuais, íntimas. Essa é uma esfera em que o princípio da autonomia privada deve prevalecer sobre o princípio da igualdade. Há que lembrar que a liberdade é tão direito fundamental quanto a igualdade.²¹ Existem espaços da existência humana que não são afetos ao direito. Conforme saliente STEINMETZ:

Obrigar os particulares a ter ou a apresentar, sempre, uma justificação racional e objetiva para o tratamento igual ou desigual, seria, na prática, restringir e até mesmo eliminar o direito a fazer escolhas fortuitas, a pautar a sua conduta social por preferências de foro íntimo, a decidir movido por sentimentos de simpatia, empatia e antipatia; em suma, seria restringir ou eliminar o direito de ser livre para conduzir-se segundo motivações não racionalizáveis ou não controláveis intersubjetivamente. (STEINMETZ, 2004, p. 262).²²

Nas relações pais e filhos, o princípio da igualdade aplica-se com cautela também. Assim, não pode haver discriminação entre filhos, sejam havidos no casamento ou não. Mesmos os filhos incestuosos são filhos e têm os mesmos direitos que os demais, sendo vedada qualquer designação que possa sugerir sua origem (incestuoso, natural, adulterino etc.). Nem os filhos adotivos podem receber tratamento diferenciado. Uma vez concedida a adoção, o adotado se torna filho como outro qualquer, com os mesmos direitos e

²¹ Conforme destaca BILBAO UBILLOS: *“a regra geral é a liberdade e, por conseguinte, a inoperância do princípio da igualdade”* (2007, p. 414).

²² Em igual sentido ANDRADE para quem os particulares, por força do princípio da igualdade, não estão obrigados a sempre pautar as suas condutas por imperativos de racionalidade, devendo ser protegido espaços de agir espontâneo e até mesmo espaços de arbitrariedade na realização de suas escolhas e decisões. (1998, p. 297). CANOTILHO, em defesa da proteção de um “núcleo irreduzível da autonomia pessoal”, sustenta que *“os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da autonomia pessoal e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo o núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia”* (2003, p. 1158).

deveres. Apesar disso, não se aplica o princípio da igualdade nas relações de afeto. A Lei não pode obrigar os pais a gostar de todos com a mesma intensidade.²³ Até admite o tratamento desigual na distribuição da parte disponível da herança, por exemplo, como fruto dessa legítima desigualdade afetiva. Por vezes, nem se cuidará propriamente de predileção pura e simples. Os pais podem, por exemplo, se preocupar mais com um filho do que com o outro, considerando eventuais peculiaridades que lhe são atinentes. De todo modo, essa é uma esfera de autonomia privada, em que não se aplica o princípio da igualdade. Seria o cúmulo do absurdo falar pura e simplesmente em eficácia direta do princípio da isonomia nas relações paterno-filiais, impondo rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com elegante igualdade em suas relações recíprocas, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra.²⁴

Se a Constituição fala em igualdade entre filhos, seguramente não é neste sentido, mas no de que não possam ser discriminados os filhos do casamento, em relação aos demais; no sentido de que não possam receber partes desiguais da herança legítima. Não no sentido de que não possam ser tratados desigualmente nas relações afetivas. Infelizmente, as preferências dos pais por um ou outro filho ocorrem mesmo. Fazem parte da humanidade. Não é o dinheiro que resolverá os traumas causados ao preterido e ao predileto, que, por vezes, sofre danos maiores que o preterido. O Código Civil, aliás, permite o tratamento hereditário desigual, na medida em que os pais possam atribuir a parte disponível da herança a apenas um dos filhos. Nada há de ilegítimo nisso, nem nada que os demais possam fazer. Se há relações desiguais por excelência, são elas as filiais. E aí está o risco em tornar jurídicas obrigações que são essencialmente morais. E aí reside o risco de tornar as relações familiares irreais ou inautênticas, relações que passariam a estar alicerçadas em falsos sentimentos de carinho e amor decorrentes muito mais do temor de um pai de ser futuramente condenado por ter deixado de amar seu filho, ou seja, tê-lo abandonado afetivamente, do que baseado em sentimentos reais e autênticos de amor, frutos da própria natureza e convivência humanas.

Como exigir que os pais tratem os filhos da mesma maneira? Pais são seres humanos, por natureza imperfeitos. Por um lado, a exigência de um tratamento

²³ Segundo preleciona PINTO “a vida jurídico-privada, para além das incertezas derivadas da caráter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo o ponto indesejáveis.” (1999, p. 75)

²⁴ Para MC CRORIE: “A liberdade é liberdade para a irracionalidade, inconsequência, ilógica, incoerência, devendo as relações dos cidadãos entre si ser, em princípio, determinadas pelas própria partes. É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente seja o espaço jurídico para se impor uma moral oficial.” (2005, p. 45)

cegamente igualitário entre os filhos poderia até desigualá-los, uma vez que são naturalmente diferentes. Um é mais propenso a esportes, o outro às artes, o outro às línguas estrangeiras. Como é que aquele que tinha toda a propensão para os esportes, poderá exigir indenização de seus pais, por não o terem matriculado no mesmo curso de alemão, que propiciaram ao outro filho? A ideia por si não convence. Questões como esta não podem e não devem ser objeto de ação judicial. A Justiça simplesmente não é o ambiente adequado para solucioná-las, tampouco será uma soma em dinheiro que resolverá o problema. Cumpre, neste ponto, colacionar excerto do voto vencido proferido pelo Ministro Massami Uyeda, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242-SP, no qual ele alerta que:

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.²⁵

Por outro lado, não se pode admitir tratamento desigual em relação ao dever de amparo, de cuidado.²⁶ Não se pode admitir que um filho seja criado como príncipe, enquanto o outro como escravo. Um estuda na melhor escola, faz intercâmbio no exterior, anda de carro com motorista, veste as melhores roupas, come filé mignon e camarão, enquanto o outro estuda em escola pública, anda de ônibus, veste as roupas mais baratas e come angu com carne de segunda. É o conto de Cinderela se realizando na vida real. E o pior é que isso ocorre, principalmente quando os pais se separam. Pode ocorrer que o pai venha a se casar novamente e que os filhos do segundo casamento recebam esse tratamento de luxo, enquanto os filhos da primeira união recebam uma magra pensão. Como no conto de Cinderela, pode ser que a mãe não tenha sequer forças para lutar por um aumento da pensão, e o tratamento desigual permaneça por toda a vida. No conto infantil, Cinderela foi compensada pela fada madrinha. Na vida real, porém, não há fadas. Quem haverá de compensar esse filho? O Judiciário, por óbvio. Aliás, de

²⁵ STJ, REsp 1159242 / SP; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; DJe 10/05/2012.

²⁶ Em igual sentido AZEVEDO destaca que “o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença” (2004, p. 14).

acordo com excertos da decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242-SP.

Aqui 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. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísido 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 fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (...)

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

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.²⁷

Embora se mencione abandono afetivo, trata-se efetivamente de inadimplemento do dever de cuidado, ou, por outro lado, como fica muito claro no acórdão, atentado ao princípio da igualdade, com a reprodução do conto de Cinderela na vida real. No caso, a fada madrinha foi o Judiciário, que compensou a filha desprestigiada com uma indenização em dinheiro. Na estória infantil, Cinderela também foi recompensada com bens materiais (roupas, carruagem, criados e, por fim, um belo provedor e um castelo). O acórdão deixa bem claro que não se discute o amor, o afeto, mas o dever de cuidar. Não podemos admitir a reprodução do conto da Gata Borralheira na vida real. Neste sentido,

²⁷ STJ, REsp 1159242 / SP; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; DJe 10/05/2012.

está corretíssima a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Sua falha é falar em abandono afetivo, quando disso não se trata. Nas relações de afeto, não se pode exigir igualdade.

Com base numa visão romântica e irreal de que a família seria o *locus* do amor e do afeto, alguns defendem, com toda a boa intenção, a possibilidade de os filhos exigirem dos pais indenização por abandono afetivo. Como disse acima, família não é *locus* de amor e de afeto. Família é um agrupamento de seres humanos reais, na melhor das hipóteses neuróticos, que se amam, mas também se odeiam, que se fazem bem, mas também se fazem mal. Família é *locus* de amor, mas também de violência (física e moral) e de desafeto. Essa é a família da vida real. Por isso tudo, a ideia de indenização por abandono afetivo é inadequada.

É interessante observar que as mesmas pessoas que defendem ser impossível discutir-se a culpa nas relações conjugais, essas mesmas pessoas querem introduzi-la nas relações paterno-filiais. Ora, nunca se discutiu culpa nas relações entre pais e filhos. Em primeiro lugar, por que não é o caso. Como caracterizar a culpa nessas relações? É muito complicado, e não seria o juiz, que não tem formação para isso, a destrinçar esse nó. Ainda que o juiz tenha formação de psicólogo ou psicanalista, a vara de família não é local adequado para discutir o tema. O local seria o consultório do psicólogo, o divã do psicanalista.

Sobre o tema, ouvi um relato muito interessante. Um pai, quando indagado porque não dera afeto ao filho, respondeu com muita simplicidade: “eu não sei dar afeto a ninguém; não posso dar o que não recebi”. Como atribuir culpa a esse pai? Como julgar esse pai, que não recebera nada que não violência de seus próprios pais? Como exigir comportamento diverso desse pobre infeliz? Falar é muito fácil. Ademais, como estabelecer relação de causa e efeito entre o abandono afetivo e os danos psicológicos sofridos pelos filhos? Quem pode afirmar serem os traumas dos filhos oriundos da falta de afeto? Seguramente não o juiz, seguramente não no curso de um processo. Imperioso colacionar outro excerto do voto proferido pelo Ministro Massami Uyeda, no qual ele destaca que:

O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha. E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são,

eminentemente, programáticos no sentido de 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 manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer. Agora, 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, com 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.²⁸

Ademais, cumpre obter temperar que, ao se adotar essa prática de indenização por abandono afetivo, corre-se o risco de, *a contrario sensu*, admitir-se a indenização por excesso de afeto, que pode causar tantos ou mais danos que a falta dele. A verdade é que a Justiça não é o local para se resolverem problemas psicológicos entre familiares. A patrimonialização desses problemas não os levará a nenhuma solução, muito pelo contrário, só trará mais problemas, mais ódio e desamor. Nesse sentido colaciona-se excerto do voto proferido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que, a despeito de reconhecer a possibilidade de responsabilidade civil em razão do abandono afetivo, ponderou a necessidade de se ater para o risco da patrimonialização das relações familiares.

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo. Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis. Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.²⁹

²⁸ STJ, REsp 1159242 / SP; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; DJe 10/05/2012.

²⁹ STJ, REsp 1159242/SP; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; DJe 10/05/2012.

PEREIRA, defendendo a indenização por abandono afetivo, justifica-se afirmando que

A grande mudança do direito de família é que afeto tornou-se valor jurídico e a negativa do pai de dá-lo ao filho, direito que está previsto na Constituição, deve ser punida. Afeto não é sentimento, é cuidado, amparo, educação, imposição de limites. O fato de pagar uma pensão alimentícia não substitui a presença do pai. A condenação do STJ no caso de São Paulo é uma das decisões mais importantes dos últimos tempos do ponto de vista político e social. No caso do Alexandre, o pai pagava a pensão, mas não só de pão vive o homem. Ele precisa de alimento para o corpo e para a alma. O abandono tem a ver com o princípio da responsabilidade: o pai tem de se responsabilizar pelo filho, seja desejado ou não.³⁰

Bem, apesar da autoridade da opinião, se afeto não é sentimento, então o que seria? Para a psicanálise afeto é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões. É o estado emocional ligado à realização de uma pulsão.³¹ É sentimento intenso.³² Para Roland Chemama, afeto é um dos estados emocionais, cujo conjunto constitui a gama de todos os sentimentos humanos, do mais agradável ao mais insuportável.³³ Neste sentido, até se poderia dizer que família seja *locus* de afeto, aí incluídos sentimentos como o desamor e até o ódio. Na linguagem vulgar, porém, afeto é sinônimo de simpatia, amizade, amor.³⁴ Por tudo isso, vê-se que afeto não é dever, é sentimento, sim. Deveres são, sem dúvida, os de cuidar, amparar, educar, impor limites. São deveres decorrentes do princípio da parentalidade responsável, não necessariamente do afeto. Poderia haver indenização pela falta a esses deveres? Bem, em tese, demonstrada a culpa dos pais, o dano sofrido pelo filho e o nexo causal entre uma e outro, efetivamente caberia indenização. Na verdade, o dano aqui é *in re ipsa*. Demonstrada culpa dos pais, o dano é decorrência necessária, *in re ipsa*. Não se pode admitir, como dissemos acima, a reprodução na vida real do conto de Cinderela. Enquanto um filho é tratado com todo o luxo, o outro recebe tratamento vil. Isso não está certo, e esse filho há de ser compensado.

Repetindo a linhas que escrevemos *supra*, não se pode admitir tratamento desigual em relação ao dever de amparo, de cuidado. Não se pode admitir que um filho seja criado como príncipe, enquanto o outro como escravo. Um estuda na melhor escola, faz

³⁰ PEREIRA, 2012

³¹ MIJOLLA, 2002, p. 35.

³² DORSCH, 2001, P. 19.

³³ CHEMAMA, 1995, p. 10.

³⁴ FERREIRA, 1999.

intercâmbio no exterior, anda de carro com motorista, veste as melhores roupas, come filé mignon e camarão, enquanto o outro estuda em escola pública, anda de ônibus, veste as roupas mais baratas e come angu com carne de segunda. É o conto de Cinderela se realizando na vida real. E o pior é que isso ocorre, principalmente quando os pais se separam. Pode ocorrer que o pai venha a se casar novamente e que os filhos do segundo casamento recebam esse tratamento de luxo, enquanto os filhos da primeira união recebam uma magra pensão. Como no conto de Cinderela, pode ser que a mãe não tenha sequer forças para lutar por um aumento da pensão, e o tratamento desigual permaneça por toda a vida. No conto infantil, Cinderela foi compensada pela fada madrinha. Na vida real, porém, não há fadas. Quem haverá de compensar esse filho? O Judiciário, por óbvio. Nesse sentido, aliás, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242/SP.

Mesmo não havendo discriminação entre filhos, pode ser o caso de negligência no dever de cuidado. É só imaginarmos o pai rico e avarento, que crie os filhos nas piores escolas, vestindo trapos, comendo os piores alimentos, habitando um casebre. Logicamente, os pais, por mais dinheiro que tenham, têm o direito de criar seus filhos com recursos limitados, até para ensiná-los a viver na pobreza. Ninguém pode se imiscuir na educação que os pais deem a seus filhos. Seria legítimo, que um pai, objetivando educar seu filho que não demonstra compromisso com os estudos, o matricule em uma escola pública, como uma forma de educá-lo, mantendo os demais filhos em escolas particulares?³⁵ O que não se pode admitir, porém, é o inadimplemento da obrigação de cuidar. Não dar ao filho vida fácil, por opção, é uma coisa, deixar de proporcionar a ele a condição devida a seu estado, naquilo que realmente importa (boas escolas, boa alimentação, bons médicos), é outra totalmente diferente. Nestes casos, é possível, sim, indenização por abandono, não afetivo, mas material.

Falar em indenização para além do abandono material é complicado. O que significa, por exemplo, educação e imposição de limites? Há algo mais relativo em nossos dias que esses conceitos? Francamente, creio ser pouco provável, para não dizer impossível a comprovação dos elementos necessários (culpa, dano e nexo causal), para a efetivação de

³⁵ Conforme entendimento de diversos autores, a diferença de tratamento somente será considerada ilícita quando orientada por um preconceito, tiver por objetivo impor um tratamento injusto, excludente, segregador, ou seja, quando para além da discussão da violação do princípio da igualdade, importar na violação da dignidade do indivíduo que recebeu o tratamento diferenciado. Nesse sentido ver (CANOTILHO, 2003, p. 1159); (ANDRADE, 2003, p. 268); (SILVA, 2008, p. 168); (MC CRORIE, 2005, p. 47); (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 407-409); (PINTO, 1999, p. 77); (AGUILA-REAL, 1993, p. 114); (STEINMETZ, 2004, p. 245)

uma indenização por abandono afetivo ou qualquer outro nome que se dê. Repita-se, porque abandonar a discussão da culpa nas relações conjugais e introduzi-la nas relações filiais? As mesmas razões que levaram a não se discutir a culpa nas relações conjugais, justificam sua não discussão nas relações entre pais e filhos.

Enfim, nada justifica a indenização por abandono afetivo. Mesmo o descumprimento do dever de educar, de impor limites não justifica indenização. Apenas a negligência material pode legitimar uma indenização. De regra, não se justifica a discussão de culpa nas relações filiais, assim como não se a justifica nas relações conjugais. Se assim for, a porta estará aberta para o cônjuge “traído” exigir indenização do adúltero e/ou de seu amante. Se um homem tem um caso com uma mulher sabidamente casada, estará agindo com dolo. Essa conduta gera danos gravíssimos a um homem, danos estes que teriam que ser indenizados, a se adotar essa perspectiva patrimonial.³⁶

Além disso, as portas estariam abertas para o filho exigir indenização do pai que não esteve presente no jogo de futebol da escola, para a filha demandar contra a mãe que não lhe proporcionou o primeiro sutiã e assim por diante. O que dizer da mãe solteira, que não proporcionou um pai a seu filho? Quer dano maior do que este?³⁷ Quanto vale isso? O mesmo pai, hoje acionado pelo filho por abandono afetivo, poderá vir a acionar esse mesmo filho por abandoná-lo afetivamente na velhice. Ai do filho que internar os pais no asilo, por mais refinado que seja. Os exemplos podem ser meio exagerados, até

³⁶ Nesse sentido, cumpre destacar excerto de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 37051, no qual foi reconhecido o direito da cônjuge traída ao ressarcimento pelos danos morais suportados em decorrência das sevícias e violação dos deveres do casamento por parte de seu cônjuge. De acordo com o excerto do voto proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro, “*No plano estritamente jurídico não há maior divergência. Tenho como assente, tal entendeu o eminente Relator, que, ocorrendo tal fato, pode resultar obrigação de ressarcir. Parece-me certo, entretanto, que se há de exigir alguma gravidade. Nesse sentido, aliás, o citado voto do então Desembargador Athos Carneiro. Teve como possível a indenização, “quando os motivos da dissolução da sociedade conjugal são de molde a causar ao cônjuge inocente um grave dano moral”. (...) Não será qualquer procedimento menos adequado, capaz de causar alguma moléstia a um dos cônjuges, que justificará o pedido de indenização. Certo que a incidência do artigo 5 já supõe seja grave a violação dos deveres do casamento. Isso, entretanto, tem graus. Cabe ao juiz avaliar se, além da separação, ainda se justifica o questionado ressarcimento. (...) O fato de se reconhecer deva haver a separação, ainda que com base no artigo 5º, não conduzirá sempre à obrigação de ressarcir danos morais.*” (STJ, Resp 37051/SP; Rel. Min. Nilson Naves; DJU 25/06/2001)

³⁷ Nesse sentido é o entendimento de HIRONAKA: “*Assim, e por vezes, nos será possível perguntar se a situação correlata – porém inversa – de um pai alijado do contato de seus filhos em razão da vontade de uma mãe guardiã que sistematicamente os afasta do convívio paternal, por exemplo, não seria caso que comportaria o pedido de indenização também invertido, quer dizer, do pai em face da mãe. Por óbvio, tais hipóteses dependeriam dos antecedentes fáticos a fim de se saber quais as tentativas de aproximação levadas a efeito por este pai, qual a extensão do dano sofrido, etc.*” (2007, p.2)

meio infantis, mas o que deve ficar claro é a total impropriedade de se patrimonializar as relações familiares.³⁸ Elas nunca foram tarifadas. Por que fazê-lo agora?

Seria o caso de se perguntar, então, quanto custa um castigo que deixou de ser aplicado. Os castigos fazem parte do processo educacional. Se os pais não castigarem seus filhos, não lhes estarão impondo limites. Estarão negligenciando em sua educação. Quanto vale isso? A resposta não pode ser patrimonial. Todos somos imperfeitos, mesmo nossos pais. Que Direito é esse que exige a perfeição das pessoas? Não é com dinheiro, muito menos na Justiça que se resolvem os traumas da infância. Família, repita-se à exaustão, não é *locus* de amor e de afeto (no sentido coloquial). Família é um agrupamento de seres humanos reais, na melhor das hipóteses neuróticos, que se amam, mas também se odeiam, que se fazem bem, mas também se fazem mal. Família é *locus* de amor, mas também de violência (física e moral) e de desafeto. Essa visão romântica e um tanto piegas de família, por mais bem intencionada que seja, só nos levará a instilar mais ódio nas já conturbadas relações familiares da vida real.³⁹

Referências Bibliográficas

ABRANTES. João José Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomia privada y derechos fundamentales. **Anuario de Derecho Civil**, 1993, p. 57-122.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**, OAB, São Paulo, n. 289, p. 14, dez, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁸ Será que num futuro próximo não estaremos discutindo a possibilidade de responsabilidade civil entre irmãos por abandono afetivo? Teriam os irmãos a obrigação de tratarem uns aos outros com igual afeto ou proporcionar uma igualdade de tratamento?

³⁹ Mais sobre o tema, vide: ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR. *Direito civil – famílias*. 2. ed., p. 543 *et seq.*

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Principio de igualdad y derecho privado. **Anuario de Derecho Civil**, 1990, p. 369-427.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. 173p.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Juan Luis Requejo Pagés (Trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.190-215.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL. El principio de no discriminación por razón de sexo. **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**, 1990, 9-38.

CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, Carmen. El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España. Universidad Externado de Colombia. **Revista de Derecho Privado**, n.º 16, 2009, p. 103-146.

CHEMAMA, Roland. **Dicionário de psicanálise**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995.

DORSCH, Friedrich; HÄCKER, Hartmut; STAPF, Kurt-Hermann. **Dicionário de psicologia dorsch**. Petrópolis: Vozes, 2001.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. Teoria **Crítica do Direito Civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 87-104.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercanti. In.: MONTOYA MELGAR, Alfredo; SÁNCHEZ – URÁN AZAÑA, Yolanda (coord.), **Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Órgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres**. Thomson Civitas, 2007.

GARCÍA RUBIO, Maria Paz. **La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE, La Ley, nº 6602**. 2006, p. 1-33.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Luís Afonso Heck (Trad). Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 mai 2012.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, 332 p.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und privatrecht**. Munique, 1960.

MC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MIJOLLA, Alain de. **Dictionnaire international de psychanalyse**. Paris: Calman-Lévy, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional, **Revista de Direito Civil**, nº 65. p. 21-32. jul./set., 1993, pág. 22.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los Derechos Fundamentales an las Relaciones entre Particulares: la buena fe**. Madrid: Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 2301p.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Com decisão do Superior Tribunal de Justiça, especialistas preveem avalanche de ações em Minas**. Jornal Estado de Minas. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/05/04/interna_gerais,292437/com-decisao-do-stj-especialistas-preveem-avalanche-de-aco-es-em-minas.shtml>. Acesso em: 04 jun 2012.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, 234 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359p.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 661p.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Separata Portugal-Brasil Ano 2000**, Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto; et al (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Debate, 1994.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152p.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. 214 p.

SUAY RINCON, José. **El principio de igualdad en la justicia constitucional**. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.