

A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO: ANÁLISE E AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO REsp 1.159.242/SP

Cristiano Brilhante de Souza¹⁷

RESUMO

A motivação das decisões proferidas pelo poder judiciário é uma garantia constitucional. Assim, na medida em que os magistrados motivam suas decisões, as razões que conduziram seu raciocínio até sua conclusão, materializada na decisão de mérito, podem ser alvo de críticas. E tais críticas, sempre serão legítimas seja qual for o posicionamento em relação a decisão proferida, pró ou contra. No entanto, a despeito de ser legítimo discordar de um posicionamento judicial no Estado Democrático de Direito, quando a análise se dá a partir de um prisma técnico, não se mostra razoável criticar apenas por criticar, sendo necessária a adoção de “uma metodologia” que permita, por meio de critérios técnicos, avaliar de fato, a qualidade da motivação levada a efeito em uma decisão. Nesse contexto o estudo das argumentações jurídicas, desenvolvidas pelos magistrados em suas decisões, por meio de metodologias sistematizadas é de fundamental importância, pois torna possível analisar e posteriormente avaliar de forma ampla e criteriosa as decisões judiciais. No presente trabalho, estuda-se, utilizando como parâmetro de análise as teorias argumentativas desenvolvidas por Stephen Toulmin, Manuel Atienza e Neil McCormick, as argumentações levadas a efeito nos votos que culminaram na decisão final proferida no REsp 1.159.242/SP, com objetivo de avaliar a argumentação desenvolvida pelos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do referido recurso, cujo mérito tratou da possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo.

PALAVRAS CHAVE: Motivação das decisões judiciais. Argumentação jurídica. Abandono afetivo.

¹⁷ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2018). Especialista em Auditoria de Obras Públicas Rodoviárias pela UnB (2018). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul (2009). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (2006). Graduado em Engenharia Cartográfica pela UFPR (1998). Auditor Federal de Controle Externo do TCU.

ABSTRACT

The motivation of judgments given by the judiciary is a constitutional guarantee. Thus, as the magistrates motivate their decisions, the reasons that led their reasoning to its conclusion, materialized in the decision of merit, can be criticized. And such criticism will always be legitimate whatever the position in relation to the decision made, for or against. However, despite the fact that it is legitimate to disagree with a judicial position in the Democratic Rule of Law, when the analysis takes place from a technical perspective, it is not reasonable to criticize just for criticizing, requiring the adoption of “a methodology” that allow, by means of technical criteria, to actually evaluate the quality of the motivation carried out in a decision. In this context, the study of the legal arguments developed by the magistrates in their decisions through systematized methodologies is of fundamental importance, since it makes it possible to analyze and subsequently evaluate the judgments broadly and carefully. In the present work, the argumentative theories developed by Stephen Toulmin, Manuel Atienza and Neil MacCormick are studied, as well as the arguments carried out in the votes that culminated in the final decision issued in REsp 1.159.242 / SP, aiming to evaluate the arguments developed by the Ministers of the 3rd Chamber of the Superior Court of Justice in the judgment of the appeal, whose merit dealt with the possibility of compensation for moral damages as a result of emotional abandonment. **KEYWORDS:** Motivation of judicial decisions. Legal Argumentation. Emotional abandonment.

INTRODUÇÃO

Cada vez mais, vem ganhando espaço nos estudos da doutrina pátria, a utilização de ferramentas capazes de avaliar, de alguma maneira, a qualidade e a coerência das decisões judiciais proferidas pelo judiciário brasileiro. É que tais decisões, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, devem ser necessariamente fundamentadas:

Art. 93, IX, CF/88: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Conforme se vê pela leitura do texto constitucional, a motivação das decisões proferidas pelo poder judiciário é uma garantia que está diretamente relacionada com outras garantias previstas na Constituição,

tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal e da publicidade.

Na medida em que os magistrados motivam suas decisões, as razões que conduziram seu raciocínio até sua conclusão, materializada na decisão de mérito, podem ser alvo de críticas. E tais críticas, são legítimas seja qual for o posicionamento em relação a decisão proferida, pró ou contra. Contudo, a despeito de ser legítimo discordar de um posicionamento judicial no Estado Democrático de Direito, quando a análise se dá a partir de um prisma técnico, não se mostra razoável criticar apenas por criticar, sendo necessária a adoção de uma metodologia que permita, por meio de critérios técnicos, avaliar de fato, a qualidade da motivação levada a efeito em uma decisão.

Portanto, o estudo das argumentações jurídicas desenvolvidas pelos magistrados em suas decisões é um primeiro passo dentro de um caminho que poderá culminar na formulação de uma teoria prática que permita avaliar de forma ampla e criteriosa as decisões judiciais.

Nesse contexto, o presente trabalho, tem como objetivo avaliar a argumentação desenvolvida pelos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.159.242/SP, que tratou da possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Em outras palavras, a decisão discutiu a possibilidade de judicialização do afeto.

Para tanto, pretende-se debater, à luz das teorias argumentativas desenvolvidas por Stephen Toulmin, Manuel Atienza e Neil Maccormick, se os argumentos levantados no caso em epígrafe podem ser considerados racionalmente persuasivos para convencer um espectador hipotético imparcial a tomar as mesmas decisões nas mesmas circunstâncias. Assim, primeiramente a decisão é analisada (traduzida) a luz das referidas teorias argumentativas para, posteriormente, ser avaliada quanto a sua argumentação.

Com esse objetivo, o presente trabalho será dividido em partes que abordarão: (i) contexto fático da decisão tomada pelo STJ no REsp 1.159.242/SP; (ii) breve exposição do modelo de Toulmin para análise das argumentações jurídicas; (iii) síntese da Teoria de Neil Maccormick, com objetivo de avaliar a argumentação jurídica; (iv) breve exposição do modelo de Atienza acerca das argumentações jurídicas; (v) argumentação Jurídica no REsp 1.159.242/SP: v.1) exame dos votos segundo o esquema de Stephen Toulmin; v.2) exame dos votos segundo a representação proposta por Atienza e v.3) e avaliação à luz da teoria de Neil Maccormick.

Ao final, após percorrer os critérios mencionados e dissecar as argumentações utilizadas pelos ministros integrantes da 3ª Turma do STJ pretende-se apresentar um posicionamento crítico, com base nas teorias argumentativas apresentadas a respeito do que foi decidido no julgado em estudo.

1. REsp 1.159.242/SP: A judicialização do afeto

No Recurso Especial 1.159.242/SP discutiu-se a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Para melhor compreender o caso concreto, convém traçar um breve resumo dos fatos.

Uma mulher, que para fins acadêmicos chamaremos de “f”, ajuizou ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor de seu pai, alegando ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Na primeira instância, o Juiz julgou improcedente o pedido deduzido por “f”, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha se deveu, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores de “f”.

Inconformada, “f” recorreu ao TJ/SP e o referido Tribunal, ao analisar o recurso, deu provimento à apelação interposta reconhecendo o abandono afetivo de “f” por parte de seu pai, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00.

Em razão da condenação o pai apelou ao STJ alegando, em síntese, que não abandonou sua filha “f”, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem, sustentando que ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se revestiria de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar (notadamente o abandono), a perda do respectivo poder familiar, conforme prescreve o art. 1.638 do Código Civil de 2002.

Em seu recurso, o pai aduziu, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP divergia do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp 757.411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo, pugnando, em pedido sucessivo, pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Importa ainda mencionar, para fins do presente trabalho, as seguintes informações fáticas acerca desse caso concreto: (i) o reconhecimento da paternidade se deu apenas pela via judicial; (ii) a partir do reconhecimento da paternidade o pai sempre pagou a pensão que foi definida em juízo

até a filha “f” completar a maioridade. O valor da pensão alimentícia mensal foi fixado, judicialmente, em 2 (dois) salários mínimos; (iii) restou reconhecido nos autos do processo que a mãe contribuiu sobremaneira para afastar a filha de seu pai; (iv) o pai, que possui boa condição econômica, passou a adquirir propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos a despeito das reclamações da filha “f” quanto a essa forma de aquisição disfarçada.

Diante do contexto mencionado, os ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deram provimento parcial ao Recurso Especial interposto pelo pai apenas para reduzir o valor da indenização, restando vencido no colegiado, o ministro Massami Uyeda, que votou pelo provimento do Recurso, considerando improcedente a ação.

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

Para a maioria dos ministros da 3ª Turma do STJ, o descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que tanto pela concepção quanto pela adoção os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É sabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica capaz de conviver em sociedade respeitando seus limites, buscando seus direitos e exercendo plenamente sua cidadania.

A ministra Nancy Andrichi, Relatora do Recurso, salientou que na hipótese não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou

que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, são perfeitamente apreensíveis e surgem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Considerando a polêmica inaugurada por esta decisão, este artigo, por meio de critérios técnicos e utilizando as principais teorias argumentativas, pretende analisar e posteriormente avaliar os votos proferidos pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a verificar em que medida os argumentos utilizados pelos ministros podem ser considerados racionalmente persuasivos, apresentando, ao final, uma crítica acerca da decisão proferida pelo colegiado.

2. Análise das argumentações jurídicas: o modelo de Toulmin

Na obra denominada “Os usos do argumento” Stephen Toulmin (2006) não se utiliza da lógica dedutiva. Para referido autor a lógica é algo que está relacionado com a maneira pela qual os homens pensam, argumentam e efetivamente inferem, afirmando que a ciência da lógica se apresenta, simultaneamente, como uma disciplina “autônoma” e alheia à prática.

Para Toulmin (2006, p. 148) o termo “argumentação” se refere à “atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzido razões, criticando essas razões, refutando essas críticas etc.” Já o termo “argumento”, pode ser diferenciado em dois sentidos: primeiramente, um argumento é considerado um encadeamento de raciocínio, é “a sequência de pretensões e razões encadeadas que, entre si, estabelecem o conteúdo e a força da proposição a favor da qual um determinado orador argumenta”; e no segundo sentido, os argumentos são aqueles em que há envolvimento dos sujeitos, isto é, “interações humanas, por meio das quais se formulam, debatem e/ou contornam tais sequências de raciocínios”.

Nesse contexto, o autor propõe um modelo de argumentação no qual sempre é possível distinguir os quatro elementos a saber:

- a) a pretensão ou alegação (*claim*): significa tanto o ponto de partida quanto o ponto de chegada da argumentação. É aquilo que se pretende afirmar, cujo mérito se busca estabelecer no decurso da argumentação;

b) as razões ou dados (*grounds*): não são teorias gerais, são fatos específicos do caso-problema, cuja natureza varia de acordo com o tipo de argumento em questão. O momento de sua aparição ocorre após a apresentação da pretensão, onde o oponente pode questioná-la de alguma forma. Assim, o proponente terá que apresentar as razões favoráveis à sua pretensão inicial, as quais devem ser concomitantemente relevantes e suficientes. Então, o oponente poderá discutir novamente os fatos, ou, caso os aceite, poderá exigir do proponente que justifique a passagem das razões para a pretensão;

c) as garantias (*warrant*): são regras que permitem ou autorizam a passagem de uns enunciados a outros. A garantia do argumento é constituída pelos enunciados gerais que autorizam essa passagem das razões para a pretensão. Sua natureza depende do tipo de argumento e pode consubstanciar-se numa regra de experiência, numa norma ou princípio jurídico, numa lei da natureza, entre outros;

d) o respaldo ou apoio (*backing*): são “avais” das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação;

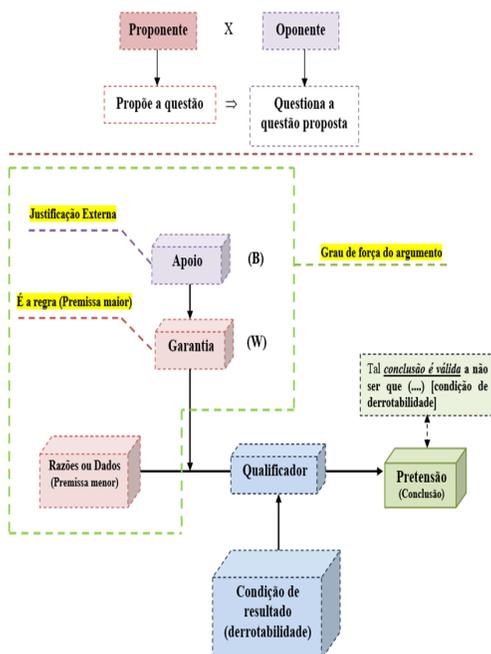
Ao discorrer sobre argumento válido ou correto, Toulmin (2006) enfatiza que deve ser avaliada uma outra questão: o quão forte é este argumento. Nesse sentido, o autor destaca que a pretensão pode ser afirmada com um grau de certeza maior ou menor. G (de *grounds* = razões), W (de *warrant* = garantia) e B (*debacking* = respaldo) prestam a C (claim = pretensão) um apoio menos forte que costuma se manifestar por meio de qualificadores (*qualifiers*) modais como “presumivelmente”, “plausivelmente”, “com toda a probabilidade”, entre outros. Assim, enquanto na matemática a passagem para a conclusão ocorre de maneira necessária, na vida prática isso não costuma ocorrer.

Além disso, o autor sustenta que existem determinadas circunstâncias, excepcionais ou extraordinárias, que podem solapar a força dos argumentos. São as chamadas condições de refutação (*rebuttals*). Assim temos que:

e) qualificadores modais (qualifiers): são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

f) condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida.

Considerando os principais conceitos apresentadas por Toulmin (2006), no modelo proposto pelo autor, alguém (proponente) propõe o problema diante de outro (oponente). Caso o oponente questione a pretensão (do contrário não há razão para argumentar) o proponente terá que dar razões a favor de sua pretensão inicial que sejam ao mesmo tempo relevantes e suficientes. Graficamente, temos o esquema que se segue:



Fonte: (Atienza, 2013 - adaptado)

No Brasil, os julgamentos proferidos pelas cortes superiores, como regra, não apreciam questões de fato, mas somente questões de direito, fato que imprime um caráter distinto aos elementos do argumento.

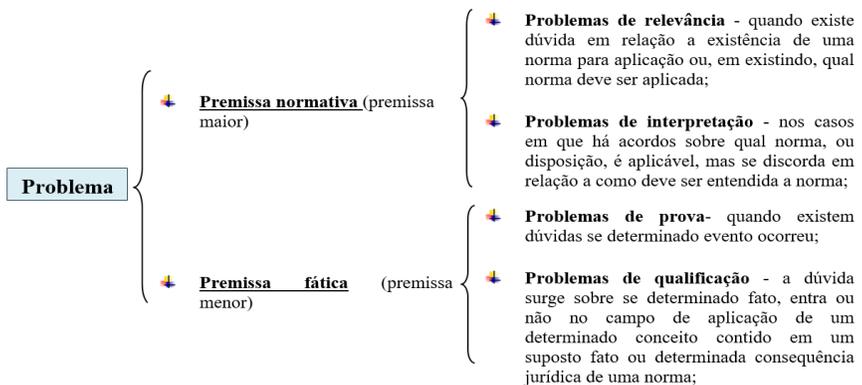
Segundo Atienza (2014, p. 140), nas questões de direito, os dados “não serão apenas os fatos declarados provados pelo tribunal de instância, mas também as decisões de outros tribunais de apelação, normas, declarações de autoridades etc.”

Ao comentar o modelo de Toulmin, Atienza (2014, p. 121) explica que a garantia será uma norma jurídica geral ou um princípio jurídico e o apoio consistirá na indicação de que a garantia enuncia uma norma ou princípio vigente.

3. Síntese da teoria de Neil MacCormick

Donald Neil MacCormick elaborou, no final dos anos 70, uma tipologia de casos difíceis que tem sido muito influente e que pode ser tomada como um bom ponto de partida. Inicia com a ideia usual de que o esquema básico da justificação judicial (a justificação interna ou de primeiro nível) tem uma forma silogística (de um *modus ponens*) com duas premissas: uma normativa e uma fática. (Atienza, 2014)

Nesse contexto, MacCormick (2008) propõe uma divisão quadripartite dos casos difíceis, quanto aos problemas que podem surgir:



Fonte: (MacCormick, 2008 - adaptado).

MacCormick (2008) sustenta em sua teoria que, quando existe uma situação de dúvida ou disputa em torno do sentido de alguma disposição legal (problemas de interpretação), deve-se decidir dando preferência a determinada leitura, considerada mais razoável no contexto. Vale dizer que o autor denomina tais argumentos interpretativos, dividindo-os em argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos.

Nesse sentido, MacCormick (2008) ensina que os argumentos linguísticos são os que apelam para o “sentido claro” de certas palavras ou de certos conceitos, o que pressupõe um contexto linguístico (ordinário

ou técnico) que fornece uma melhor interpretação do sentido em disputa. Para o autor, os argumentos sistêmicos são os que buscam compreender os dispositivos legais dentro do contexto. Assim, a parte faz sentido no contexto do todo e a lei é um elemento do sistema jurídico como um todo. Por fim, os argumentos teleológico-avaliativos são os que apontam para as finalidades ou objetivos de determinado dispositivo legal, interpretando de forma a obedecer a esses propósitos. A legislação, nesse sentido, também possuiria um sentido teleológico, voltado para determinadas finalidades.

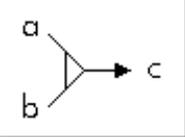
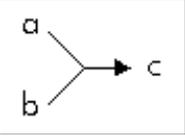
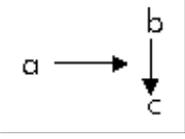
Para avaliar a argumentação jurídica, MacCormick (2008) também propõe que, tanto do ponto de vista dos votos quanto da decisão, sejam analisados os requisitos de universalidade, consistência e coerência.

A universalidade é a garantia de que situações concretas iguais terão respostas iguais do ponto de vista jurídico. Os elementos particulares do caso sempre serão levados em consideração, mas mesmo no caso mais particular e específico deve se cumprir com esse critério - de forma que, se esse caso se repetir nas mesmas circunstâncias e particularidades, deve ser dado tratamento jurídico igual. O requisito da universalidade está implícito na justificação dedutiva, exigindo, para justificar uma decisão normativa, a existência de pelo menos uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio. (MacCormick, 2008, p. 103-133)

A consistência é um requisito formal. É a mera ausência de contradição lógica, ou seja, a decisão não se contradiz nas suas fundamentações. Assim, uma decisão satisfaz ao requisito da consistência quando se baseia em premissas normativas que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido. (MacCormick, 2008, p. 248)

A coerência, especificamente a coerência normativa, é uma relação entre as normas aplicáveis ao caso e aos valores que tenham um objetivo maior. São valores que, nesse conjunto, “expressem uma forma de vida satisfatória”. Se um conjunto de normas é aplicado em relação a um objetivo maior - um valor comum, como dignidade ou justiça - pode-se dizer que essas normas são aplicadas de forma coerente. A coerência normativa é um mecanismo de justificação porque pressupõe a ideia de que o Direito é uma empresa racional: (i) porque está de acordo com a noção de universalidade ao permitir considerar as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido, (ii) porque promove a certeza do Direito, já que as pessoas não podem conhecer com detalhe o ordenamento jurídico, podendo, porém, conhecer seus princípios básicos, e (iii) porque uma ordem jurídica que fosse simplesmente não contraditória não permitiria orientar a conduta das pessoas como faz o Direito. (MacCormick, 2008, p. 252)

Atienza (2014) enfatiza que, em casos difíceis, é muito interessante recorrer à esquemas pois eles permitem entender a argumentação. Para ele, um fragmento de argumentação jurídica poderia ser adequadamente representado pela utilização de um diagrama de flechas. Tal diagrama permite dar cabo tanto do aspecto sintático quanto do aspecto semântico e pragmático da argumentação. Nesse diagrama, as flechas representam as relações existentes entre os argumentos:

NOTAÇÃO	SIGNIFICADO
	<i>a</i> é um argumento independentemente <u>a favor de</u> <i>b</i>
	<i>a</i> é um argumento independentemente <u>contra</u> <i>b</i>
	<i>a</i> e <i>b</i> , conjuntamente, constituem um argumento <u>a favor de</u> <i>c</i>
	<i>a</i> e <i>b</i> , (cada um isoladamente), constituem um argumento <u>a favor de</u> <i>c</i>
	<i>a</i> é um argumento para fundamentar <i>c</i> com ajuda de <i>b</i>

Segundo Atienza (2014), os critérios lógico-formais (lógica dedutiva) são aceitos por todos ou quase todos (incluindo os mais céticos), mas seu cumprimento implica verdadeiramente um limite pouco significativo: é relativamente difícil encontrar uma sentença em cuja motivação se cometem erros lógicos em sentido estrito, isto é, erros de inferência. Tampouco parecem suscitar dúvidas critérios muito básicos de racionalidade, por exemplo, a necessidade de oferecer argumentos (e argumentos que possam ser compreendidos, que sejam relevantes para o caso e suficientemente completos) quando se pretende justificar uma decisão. Ou seja, pode haver dúvidas quanto a satisfação ou não do critério, mas não quanto ao critério em si.

Nesse contexto, Atienza (2013) sugere que os critérios de avaliação mais importantes parecem ser os que fazem referência às noções de universalidade, de coerência, de aceitabilidade das consequências, de moral social e de moral justificada (razoabilidade):

Universalidade → A exigência de universalidade se aplica tanto em relação a problemas normativos quanto a problemas de fato e, na realidade, está também implícita no próprio esquema de justificação interna, ou seja, a premissa maior – normativa – do silogismo judicial tem que ser um enunciado de caráter universal. É importante esclarecer que a universalidade não é o mesmo que generalidade. Em outras palavras, a universalidade não tem nada a ver com o grau de generalidade da norma. Uma norma muito específica pode também ser aplicada universalmente e, portanto, decidir de acordo com critérios de equidade significa ir contra a generalidade de uma norma, mas não a sua universalidade. (Atienza, 2013, p. 555)

Coerência → A ideia de coerência está ligada à de consistência lógica, mas difere desta última porque a coerência se refere à compatibilidade em relação a valores, princípios e teorias. Por isso, enquanto a consistência (lógica) é uma propriedade que simplesmente se dá ou não se dá, a coerência é mais uma questão de grau. A coerência narrativa é o que permite considerar como provado determinado fato, uma hipótese fática, porque é o que melhor se encaixa em uma série de fatos probatórios e leis científicas, relações de causalidade, máximas da experiência etc. que nos permitem explicar o mundo. (Atienza, 2013, p. 557)

Consequência → O critério das consequências concentra-se no futuro. Por tal razão, tal critério desempenha papel fundamental na argumentação legislativa e na dos advogados. O que justifica impor uma norma com determinado conteúdo ou seguir determinada estratégia de defesa ou de acusação é a consequência que irá produzir. (Atienza, 2013, p. 557)

Moral → O apelo à moral está de forma ocasional incorporado explicitamente em normas jurídicas. Nesses casos o uso desse critério para avaliar as decisões judiciais não oferece dúvida. O que poderia parecer mais questionável é se esse critério pode ser usado quando as normas do direito positivo não o tenham previsto, ou seja, se nos casos difíceis, quando se trata de optar por uma ou outra interpretação a respeito de determinado conceito valorativo, os juízes devem decidir de acordo com a opinião majoritária da população, devem seguir o padrão marcado pela moral social e não a opinião que ele, como indivíduo, considere preferível. (Atienza, 2013, p. 559)

Razoabilidade → É o equilíbrio adequado entre os custos e os benefícios ao tomar uma decisão. A insuficiência dos critérios para resolver todos os problemas de avaliação pode ser entendida como uma chamada para a ideia de razoabilidade. No entanto a “razoabilidade” pode ser compreendida em vários sentidos. Em sua acepção mais geral, aplica-se a qualquer decisão judicial pois marca simplesmente o limite do justificável. Em um sentido mais específico, a razoabilidade entra em ação unicamente a propósito de certas decisões, de certas argumentações. (Atienza, 2013, p. 562)

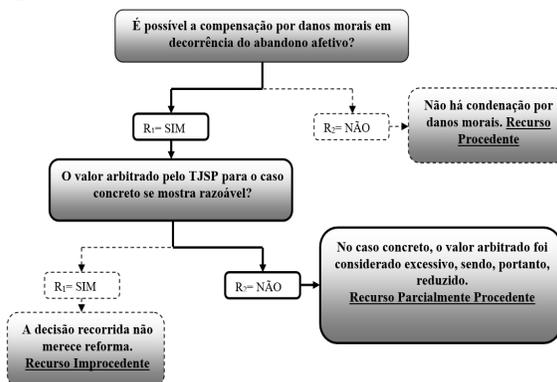
5. Argumentação jurídica no REsp 1.159.242/SP: exame dos votos segundo o esquema de Stephen Toulmin

Em sessão anterior do presente trabalho discorreu-se de forma resumida acerca do esquema de Toulmin, apresentado-se os principais conceitos necessários para a aplicação do referido modelo. Assim, partindo de tais conceitos, pretende-se nesta sessão traduzir os votos do REsp 1.159.242/SP para um esquema racional de análise de forma a tornar possível observar os argumentos centrais de cada voto proferido.

Para tanto, é importante rememorar quais foram as questões (pretensões ou *claim*) que a 3ª Turma do STJ respondeu no referido recurso. São elas: (i) É possível a compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo? (ii) Sendo a resposta positiva, o valor arbitrado pelo TJ/SP para o caso concreto se mostra razoável?

Conforme já mencionado, o STJ, na decisão em estudo, entendeu que é possível a referida compensação. A Corte, no entanto, deu provimento parcial ao recurso para reduzir o valor arbitrado pelo TJ/SP de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00.

Esquemáticamente teríamos as seguintes possibilidades para o deslinde da questão, no qual o caminho formado pelas linhas contínuas foi o adotado pelo STJ:



5.1. Sobre a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo.

Ministra Nancy Andrighi

A Ministra Nancy Andrighi, Relatora do Recurso, após discorrer sobre a existência do dano moral nas relações familiares passando pelos elementos necessários à caracterização desse dano e identificando, no caso concreto, o dano causado e o nexos de causalidade, votou no sentido de negar provimento ao recurso mantendo a decisão recorrida proferida pelo TJ/SP em seus exatos termos.

<p>Dados</p> <p><i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto da Min. Nancy Andrighi”</i></p>	<p>“[...] Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constatado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável apurmo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. (p. 13)</p>
<p>Garantia</p> <p><i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto da Min. Nancy Andrighi que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i></p>	<p>[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família [...] a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculidado recebido pelo s filhos [...] o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança [...] o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação [...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento,</p>

	<p>ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar [...] 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.[...] amar é faculdade, cuidar é dever. (p. 5-11)</p>
<p>Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto da Min. Nancy Andrighi, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i></p>	<p>Textos legais que regulam a matéria (art. 5, ° incisos V e X, art. 227 da CF/1988; arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.</p>
<p>Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i></p>	<p>[...] Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal. [...] 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, <i>ad perpetuam</i>, 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 <i>in re ipsa</i> e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. (p. 13)</p>

Ministro Massami Uyeda

O ministro Massami Uyeda inaugurou divergência sustentando que abrir a possibilidade de reparação em razão de abandono afetivo poderia levar ao judiciário questões subjetivas de difícil solução como mágoas entre pais e filhos. Destacou em seu voto que no caso concreto poderia ocorrer o perda do pátrio poder caso restasse comprovado o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal). E no caso dos autos não ocorreu tal abandono visto que o pai, recorrente, pagou pensão de 2 salários mínimos até que a filha, recorrida, completasse a maioridade. Votou no sentido de dar provimento ao recurso reformando a decisão recorrida proferida pelo TJ/SP.

<p style="text-align: center;">Dados</p> <p style="text-align: center;"><i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Massami Uyeda”</i></p>	<p>“[...]o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça [...] O Juízo de Primeiro Grau, analisando as provas, concluiu que o pedido era improcedente [...] Neste caso aqui, mostra exatamente um fosso muito grande. É uma situação de inteiro desamor. Nasce uma criança que deveria ser fruto do amor, e só foi fruto do amor físico, passageiro, efêmero e não daquele amor que gera vidas e encaminha. [...] O “dever ser” impõe a obrigação de uma paternidade, de uma maternidade responsável. (p. 15)</p>
<p style="text-align: center;">Garantia</p> <p style="text-align: center;"><i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Massami Uyeda que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i></p>	<p>[...] se os progenitores não dão assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência [...] o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode “cheirar” – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida [...] 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. (p. 15-16)</p>
<p style="text-align: center;">Apoio</p> <p style="text-align: center;"><i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Massami Uyeda, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i></p>	<p>[...] se abirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. [...] o que é, então, perda do pátrio poder, há o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal). (p. 16 e 27)</p>
<p style="text-align: center;">Conclusão</p> <p style="text-align: center;"><i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i></p>	<p>“[...] 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. (p. 17)</p>

Ministro Sidnei Beneti

O ministro Sidnei Beneti acompanhou a relatora e Votou pela possibilidade de reparação por danos morais em decorrência de abandono afetivo. Em síntese o ministro sustentou não ser possível erigir como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral.

<p>Dados</p> <p><i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti”</i></p>	<p>“[...] Autora, ora Recorrida, moveu ação, visando à indenização por danos morais, contra o requerido, ora Recorrente, alegando, ela, “que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância”, e que, “ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos.” (p. 33)</p>
<p>Garantia</p> <p><i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i></p>	<p>[...] O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta [...] reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei [...] de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar). (p. 34-35)</p>

<p style="text-align: center;">Apoio</p> <p><i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Sidnei Beneti, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i></p>	<p>[...] Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II). (p. 34)</p>
<p style="text-align: center;">Conclusão</p> <p><i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i></p>	<p>“[...] Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos. (p. 34)</p>

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou a Relatora e o ministro Sidnei Beneti citando, em seu voto, doutrinas do Direito de Família e acerca de Responsabilidade Civil no sentido de que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.

<p style="text-align: center;">Dados</p> <p><i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino”</i></p>	<p>“[...] 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. O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.[...] o recorrente omitiu-se em seu dever de cuidado para com sua filha, tendo: a) resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, ainda que ela fosse presumível; b) negado oferecer voluntariamente amparo material à filha; c) deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico, deixando-a à própria sorte; d) buscado alienar fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em evidente preterição da recorrida (p. 41 e 43)</p>
--	--

<p style="text-align: center;">Garantia</p> <p style="text-align: center;"><i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i></p>	<p>[...] a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela. As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos [...] 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 [...] apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais. De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal. [...] imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho (p. 40 e 42)</p>
<p style="text-align: center;">Apoio</p> <p style="text-align: center;"><i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i></p>	<p>[...] A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados. Por oportuno, cito trecho da obra de Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005) [...] Cito, por oportuno, a lição do ilustre Rui Stoco (STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 946) (p. 41 e 43)</p>
<p style="text-align: center;">Conclusão</p> <p style="text-align: center;"><i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i></p>	<p>“[...] Não há dúvidas de que houve, na hipótese em tela, o abandono afetivo, porquanto o recorrido de furtou total e flagrantemente ao seu dever de cuidado com relação à recorrida. (p. 44)</p>

5.2. Sobre o pedido de redução do valor arbitrado pelo TJ/SP, no caso de se considerar possível a reparação por dano moral em decorrência de abandono afetivo.

De início importa registrar que a Ministra Nancy Andrighi, em um primeiro momento, entendeu que não seria cabível a redução do valor da condenação arbitrada pelo TJ/SP. Depois de proferido o voto do ministro Sidnei Beneti a Relatora acompanhou seu encaminhamento pela redução do valor definido na decisão recorrida. Quanto ao ministro Massami Uyeda, conforme já se viu, seu voto foi pelo provimento do recurso, o que prejudica a discussão acerca do valor da condenação.

Considerando tais fatos, serão traduzidos para o esquema de Toulmin (2006), apenas os votos dos ministros Sidnei Beneti e ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Ministro Sidnei Beneti

O ministro Sidnei Beneti, a despeito de entender cabível a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, entendeu que, para o caso concreto, o valor deveria ser reduzido.

<p>Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti”</i></p>	<p>“[...] No caso, sem dúvida tem-se que, como reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora. (p. 36)</p>
<p>Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i></p>	<p>[...] A responsabilidade pelo dano moral deve, contudo, ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando, essa proporcionalidade, o pagamento, por ele, de indenização proporcional, e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano)</p>

Garantia

“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”

[...] Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão, conquanto por redação oblíqua, afastando, contudo, qualquer repercussão desse fato na atribuição da responsabilidade exclusivamente ao genitor requerido. [...] Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir, ou seja: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha. [...] No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, consequentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida. [...] Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora. [...] Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: (2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras. (p. 36 e 38)

<p style="text-align: center;">Apoio</p> <p style="text-align: center;"><i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Sidnei Beneti, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i></p>	<p>[...] Diz o Acórdão: “Malgrado a motivação que levou o Magistrado sentenciante a rejeitar o pedido da autora, culpando reiteradamente a mãe por todos os males padecidos pela filha em decorrência do descaso do pai, o certo é que a questão dos autos envolve tão-somente a autora e o réu, ou seja, a filha e o pai. / Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade”[...] A orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressaltando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante. (p. 36-37)</p>
<p style="text-align: center;">Conclusão</p> <p style="text-align: center;"><i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i></p>	<p>[...] Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo. [...] Ponderados todos esses elementos, e realçando-se que a fixação de valores a título de indenização moral não é jamais matemática, mas estimativa, à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto, o que impede que se comparem objetivamente, valores com o de outros casos concretos, deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade do valor fixado pelo Acórdão, ou seja, R\$ 200.000,00 (p. 36 e 38)</p>

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhou o ministro Sidnei Beneti, no sentido de dar provimento parcial ao recurso apenas para reduzir o valor da condenação.

<p>Dados</p> <p><i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino”</i></p>	<p>“[...] Todavia, e sem desconsiderar a gravidade do dano, entendo que o valor fixado pelo Tribunal de origem - de R\$ 415.000,00 - se mostra excessivamente alto, considerando as circunstâncias do caso em comento. (p. 44)</p>
<p>Garantia</p> <p><i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i></p>	<p>[...] embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha. (p. 44)</p>
<p>Apoio</p> <p><i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i></p>	<p>Sentença de 1ª Grau.</p>
<p>Conclusão</p> <p><i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i></p>	<p>“[...] Sendo assim, impõe-se apenas a redução do montante da indenização para R\$ 200.000,00, conforme sugerido pelo eminente ministro Sidnei Beneti, valor que se mostra mais consentâneo com as circunstâncias do caso. (p. 44)</p>

6. Argumentação jurídica no REsp 1.159.242/SP: exame segundo a representação proposta por Atienza

Conforme já mencionado no presente estudo, Atienza (2013) sugere, como recurso hábil a entender as argumentações, recorrer à esquemas. Nesse contexto, o autor defende que um fragmento de argumentação jurídica poderia ser adequadamente representado pela utilização de um diagrama de flechas. É o que se propõe fazer a seguir.

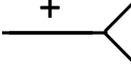
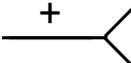
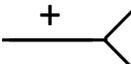
Os principais questionamentos do REsp 1.159.242, bem como os argumentos sustentados em favor ou contra as teses defendidas, foram traduzidos para o diagrama de flechas. É bom lembrar que na decisão em estudo, cuidou-se, em especial, das questões envolvendo a possibilidade de compensação por danos materiais em decorrência de abandono afetivo bem como a discussão acerca da redução do valor arbitrado na condenação.

Importa também mencionar que no presente trabalho o diagrama será apresentado considerando a decisão no seu todo, somando-se os argumentos a favor e contra as teses sustentadas. Portanto, não serão apresentados diagramas para cada voto, mas sim um diagrama para a decisão.

Também vale dizer que a avaliação do conteúdo da decisão em estudo será realizada em sessão própria, utilizando-se a teoria de Neil MacCormick (2008) complementada com alguns critérios propostos por Atienza (2013).

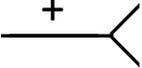
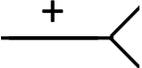
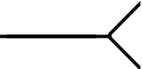
Antes de apresentar o mencionado diagrama, é interessante decodificar os principais argumentos e fatos sustentados no REsp 1.159.242.

<p>1 - PROBLEMA (P)</p>	<p>Principal: É possível a compensação por danos morais em decorrência do Abandono Afetivo?</p> <p>Secundário: Em caso de resposta positiva, o valor arbitrado para o caso concreto se mostra razoável?</p>
<p>2 - QUESTÃO INTER-PRETATIVA (QI)</p>	<p>O Direito Brasileiro (normas, jurisprudência e doutrina) reconhece a possibilidade de compensação por danos em decorrência de abandono afetivo?</p>
<p>2.1 – Suposição 1 (SP-1)</p>	<p>Não, o arcabouço jurídico não prevê a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência de abandono afetivo.</p>
<p>2.1.1 – Argumentos a Favor da Suposição 1 (AF-SP-1)</p>	<p>Argumentos a seguir sustentam a Suposição 1:</p>
<p>(AF-SP-1)₁ →</p>	<p>[...] se os progenitores não dão assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência.</p>
<p>(AF-SP-1)₂ →</p>	<p>[...] o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar.</p>
<p>(AF-SP-1)₃ →</p>	<p>[...] 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...</p>

	Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas.
(AF-SP-1) ₄ →	[...] A perda do pátrio poder configura o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal)
2.1.2 – Negação (N-SP-1)	A Suposição 1 é negada por um conjunto de argumentos com força maior.
(N-SP-1) ₁ + 	[...] a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações , porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelo s filhos
(N-SP-1) ₂ + 	[...] A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta [...] reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.
(N-SP-1) ₃ + 	[...] de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral , até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar.

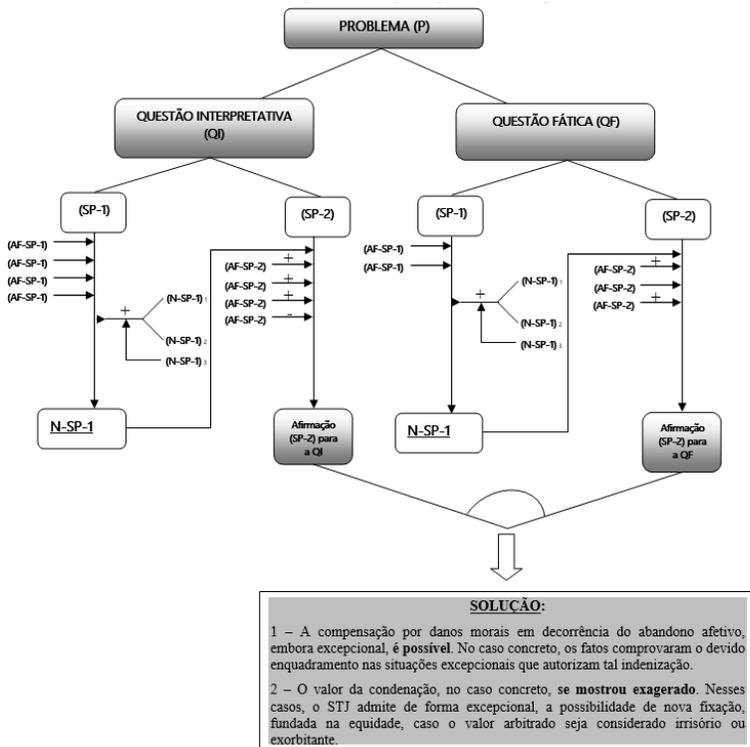
<p>2.2 – Suposição 2 (SP-2)</p>	<p>Sim, o arcabouço jurídico permite inferir a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência de abandono afetivo.</p>
<p>2.2.1 – Argumentos a Favor da Suposição 2 (AF-SP-2)</p>	<p>A negação (N-SP-1) da Suposição 1 é um argumento a favor da Suposição 2</p>
<p>(AF-SP-2) 1 </p>	<p>[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.</p>
<p>(AF-SP-2) 2 </p>	<p>[...] o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança [...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar [...] 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.</p>
<p>(AF-SP-2) 3 </p>	<p>[...] O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado.</p>
<p>(AF-SP-2) 4 </p>	<p>[...] 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 [...] apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.</p>

<p>(AF-SP-2) 4 - →</p>	<p>De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal. [...] imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho</p>
<p>3 - QUESTÃO FÁTICA (QF)</p>	<p>No caso concreto em estudo, restou comprovado que o pai (recorrente) abandonou afetivamente sua filha (recorrida) a ponto de se materializar o direito a reparação por danos morais?</p>
<p>3.1 – Suposição 1 (SP-1)</p>	<p>Não restou provado, no caso concreto, o abandono afetivo do pai (recorrente) em relação a sua filha (recorrida).</p>
<p>3.1.1 – Argumentos a Favor da Suposição 1 (AF-SP-1)</p>	<p>Argumentos a seguir sustentam a Suposição 1:</p>
<p>(AF-SP-1) 1 →</p>	<p>[...] reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora.</p>
<p>(AF-SP-1) 2 →</p>	<p>[...] Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão.</p>
<p>3.1.2 – Negação (N-SP-1)</p>	<p>A Suposição 1 é negada por um conjunto de argumentos com força maior.</p>
<p>(N-SP-1) 1 + →</p>	<p>[...] Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir, ou seja:</p>

<p>(N-SP-1)₁</p> <p>+</p> 	<p>1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.[...]</p>
<p>(N-SP-1)₁</p> <p>+</p> 	<p>[...]Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade”[...]</p>
<p>(N-SP-1)₃</p> 	<p>[...] embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha</p>
<p>3.2 – Suposição 2 (SP-1)</p>	<p>Restou comprovado, no caso concreto, o abandono afetivo do pai (recorrente) em relação a sua filha (recorrida), a despeito de tal conduta ter sido minorada, no momento de se arbitrar o valor da indenização, em razão da ação negativa da genitora.</p>
<p>3.2.1 – Argumentos a Favor da Suposição 2 (AF-SP-2)</p>	<p>Aqui, também a negação (N-SP-1) da Suposição 1 é um argumento a favor da Suposição 2</p>
<p>(AF-SP-2)₁</p> <p>+</p> 	<p>[...] No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, consequentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.</p>

<p>(AF-SP-2) 1 + →</p>	<p>[...] Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora. [...] Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: (2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras</p>
<p>(AF-SP-2) 2 →</p>	<p>[...] a orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressalvando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante</p>
<p>(AF-SP-2) 3 + →</p>	<p>[...] deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo.</p>

Considerando a decodificação apresentada, o esquema sugerido por Atienza (2013), referente à decisão em estudo seria próximo do que é apresentado a seguir:



7. Argumentação jurídica no REsp 1.159.242/SP: avaliação à luz da teoria de Neil MacCormick

A estruturação realizada nas sessões anteriores permite observar como foi construído “esquema argumentativo” que compôs o Recurso Especial 1.159.242/SP possibilitando observar quais foram as teses debatidas bem como as conclusões dos ministros. Além disso, fica mais claro identificar quais foram os dados utilizados e quais as razões escolhidas como relevantes para sustentar os argumentos.

Conforme já foi dito, ao dar preferência a uma das possíveis leituras, utilizam-se os argumentos que MacCormick (2008) chama de argumentos interpretativos, divididos em argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos.

Com base nos esquemas apresentados, passa-se ao exame da correção dos argumentos dessa decisão, considerando seus aspectos interno e externo, à luz da teoria de MacCormick (2008).

Observando a decomposição da decisão no esquema proposto por Toulmin, fica evidente nos argumentos utilizados a preponderância dos sistêmicos, uma vez que nos votos vencedores, se buscou demonstrar a possibilidade jurídica da reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo por meio de uma análise contextual, já que não há disposição expressa em nenhuma legislação que proíba tal reparação. No voto vencido, proferido pelo ministro Massami Uyeda, também preponderam os argumentos sistêmicos. Contudo, no referido voto vencido, é possível identificar argumentos teleológico-avaliativos, em especial quando o ministro sustenta que a legislação já prevê punição para situações como a discutida no recurso, que seria a perda do pátrio poder, e dessa forma, incabível seria a condenação em danos morais, em razão de escapar à finalidade da norma.

MacCormick (2008) também propõe que, para avaliar a argumentação jurídica, tanto do ponto de vista dos votos quanto da decisão, sejam analisados os requisitos de consistência, coerência e universalidade.

No que diz respeito à consistência, analisando os votos separadamente vale mencionar que a primeira versão do voto da ministra relatora se mostrou em certo grau inconsistente, uma vez que alguns argumentos fáticos que ela reconheceu como verdadeiros não foram levados em consideração na sua conclusão. É que a ministra, a despeito de reconhecer na decisão que a mãe foi em grande parte culpada pelo afastamento do convívio entre o pai (recorrente) e sua filha (recorrida) não sopesou tal responsabilidade ao analisar o valor da condenação, votando pelo não provimento do recurso. Somente após o voto-vista do ministro Sidnei Beneti, por meio do qual se propôs ponderar o valor arbitrado pelo TJ/SP a título de reparação por danos morais, é que a relatora alterou seu voto, acompanhando integralmente os argumentos do referido voto-vista. Quanto aos demais votos, não foram identificadas inconsistências, não havendo, contradição nas fundamentações em relação às conclusões, podendo ser considerados, do ponto de vista interno, racionais.

Entretanto, analisando em conjunto a decisão, é possível inferir que ela apresenta problemas de consistência. Nesse contexto, importa mencionar que, em uma ordem democrática, é essencial que as pessoas possam divergir entre si, principalmente em questões polêmicas, como no caso tratado no REsp 1.159.242/SP. No entanto, as decisões judiciais, a despeito de permitirem a divergência, exigem fundamentações adequadas em respeito à segurança jurídica. Assim, é possível que uma decisão

inconsistente seja coerente com a ordem jurídica já que frequentemente, como ocorreu no caso em análise, existem votos vencidos e opiniões divergentes em casos difíceis. Para tanto, é necessário que as razões da decisão sejam inteligíveis e que se possam identificar as razões dos votos vencedores e dos votos vencidos.

No presente caso, porém, a despeito de estar presente certa inconsistência em razão de haver um voto vencido, não é difícil encontrar as razões que o tribunal apresenta para a decisão. Nesse sentido, a ementa da decisão reflete com precisão o que restou decidido.

No que diz respeito à coerência, deve-se perquirir se a decisão proferida no REsp 1.159.242/SP está em harmonia com os princípios e valores que dão sentido ao ordenamento jurídico pátrio.

Na decisão em análise, a despeito de haver divergência entre os votos, em conjunto, o acórdão apresentou solução que, embora polêmica, se mostra compatível com os valores e princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Como já se viu, restou decidido que é possível a reparação em decorrência do abandono afetivo sendo certo que as situações fáticas que podem dar ensejo a tal reparação, devem ser tratadas como casos excepcionais, que necessitam restar incontestemente comprovadas nos autos. A conclusão final, portanto, é coerente, pois admite a possibilidade da compensação econômica em decorrência de abandono afetivo sem se descuidar da subjetividade que tais pedidos poderiam ocasionar, uma vez que restou pontuado na decisão que as situações excepcionais necessitam de comprovação cabal, como ocorreu no caso concreto analisado.

No que se refere à universalidade, vale dizer que a decisão em comento atende tal requisito já que analisou o caso apresentado a luz do ordenamento jurídico pátrio levando em conta a situação fática da situação concreta. Ou seja, o caminho seguido na decisão permite sua universalização, na medida em que, situações semelhantes, comprovadas por fatos, levariam ao mesmo deslinde. É que os argumentos e critérios construídos para justificar a decisão concreta podem ser reproduzidos em qualquer outro caso igual nas suas particularidades.

Atienza (2013) complementa os critérios sugeridos por MacCormick (2008) para a avaliação dos argumentos. Entre os critérios sugeridos pelo mencionado autor, destaca-se, na decisão em análise o da razoabilidade. O voto do ministro Sidnei Beneti, ao acolher a tese da possibilidade de reparação por dano moral em decorrência do abandono afetivo, avaliou, de forma objetiva, o valor arbitrado pelo TJ/SP a título de compensação econômica. O ministro entendeu que, com base nas informações fáticas integrantes dos autos, as situações que levaram ao afastamento entre

pai (recorrente) e filha (recorrida) foram devidas, em grande parte, a genitora. Nesse contexto, o magistrado ponderou as responsabilidades que fizeram culminar no abandono afetivo entre pai e filha, reduzindo o valor arbitrado pelo TJ/SP de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00. O voto do ministro foi seguido nesse ponto pelos demais, inclusive pela Relatora que retificou seu voto inicial, vencido o ministro Massami Uyeda.

Considerações finais

A motivação das decisões proferidas pelo poder judiciário é uma garantia constitucional. Portanto, na medida em que os magistrados motivam suas decisões, as razões que conduziram seu raciocínio até sua conclusão, materializada na decisão de mérito, podem ser alvo de críticas, as quais, em um Estado Democrático de Direito, serão sempre legítimas. Contudo, a despeito de ser legítimo discordar de um posicionamento judicial, quando a análise se dá a partir de um prisma técnico, não se mostra razoável criticar sem apresentar as razões técnicas para tanto, sendo desejável a adoção de uma metodologia que permita, por meio de sistematização de critérios, avaliar de fato, a qualidade da motivação levada a efeito em uma decisão. Nesse contexto o estudo das argumentações jurídicas desenvolvidas pelos magistrados em suas decisões, por meio de metodologias sistematizadas é de fundamental importância, pois torna possível avaliar de forma ampla e criteriosa as decisões judiciais.

No caso concreto analisado, utilizando como parâmetro de análise as teorias argumentativas desenvolvidas por Stephen Toulmin (2006), Manuel Atienza (2013) e Neil McCormick (2008), foi possível verificar que as argumentações levadas a efeito nos votos que culminaram na decisão final proferida no REsp 1.159.242/SP, a despeito de apresentarem alguma inconsistência, além de um voto vencido, chegaram a uma conclusão final lógica e plenamente aplicável a casos semelhantes.

Sobre o mérito do que restou decidido é possível avaliar que a decisão tomada no REsp 1.159.242/SP abriu uma nova frente, lógica e coerente, no que diz respeito à possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Isto porque, até então, a jurisprudência pátria não admitia tal possibilidade. Nesse sentido, algumas jurisprudências merecem citação:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. 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. II. Recurso especial não conhecido. (STJ. Recurso

Especial 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 24 de novembro de 2005)

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUE SE AFASTA DO FATO CONCRETO DE QUE NÃO HÁ ÔBRIGAÇÃO LEGAL DE O PAI AMAR O FILHO. De onde advém o carinho e o afeto naturais. Inexistência de ato ilícito porque não se pode obrigar a amar ou manter relacionamento afetivo. Jurisprudência do STJ. Hipótese em que se trata de filho cuja paternidade só foi reconhecida judicialmente e na qual falta o amor natural que se tem em relação aos filhos esperados e amados desde a concepção. Dano psíquico que, quando existe, não acarreta indenização de quem poderia e não deu afeto e amor. Deficiência física no desenvolvimento das orelhas que não foi a causa da falta de relacionamento do pai com o filho. Ação corretamente julgada improcedente. Recurso improvido por maioria de votos. (TJ/SP. Apelação Cível 545.352.4/5. Relator: Des. Maia da Cunha. Julgado em 21 de maio de 2009).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. [...]5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (TJRS. Apelação Cível 70029347036. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 11 de novembro de 2009).

Ao inaugurar uma nova possibilidade a decisão em estudo entra em evidência no sentido de que, para a mudança de entendimento, novos argumentos precisam ser construídos. Daí a relevância de se analisar a decisão do ponto de vista interno e externo, de forma a verificar se sua conclusão, ao negar as decisões anteriores, faz sentido.

No caso concreto estudado, a despeito de não haver o consenso entre os ministros, avalia-se que a decisão final se mostrou coerente em consonância com os valores e princípios que dão sentido ao ordenamento jurídico pátrio. Vale dizer que os votos vencedores apresentaram argumentos semelhantes ou complementares entre si no que diz respeito a possibilidade de reparação por dano moral em decorrência de abandono

afetivo. Quanto ao voto vencido, embora coerente do ponto de vista interno, ele não apresentou argumentos jurídicos sólidos capazes de afastar a tese que prevaleceu.

Portanto, a tese vencedora, a despeito da divergência que culminou em um voto vencido, está refletida com precisão na ementa do julgado e pode ser aplicada a casos semelhantes, o que destaca a universalidade da decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2014.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. **Argumentação Jurídica e Direito Contemporâneo: curso introdutório**, realizado de 31 de agosto a 04 de setembro de 2015, carga horária de 15 h. Notas de Aula.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242/SP**. Inteiro Teor do Acórdão. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 24 de abril de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 757.411/MG**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 24 de novembro de 2005.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 545.352.4/5**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Des. Maia da Cunha. Julgado em 21 de maio de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70029347036**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 11 de novembro de 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 16, n. 2, mai./ago. 2011.

ROESLER, Claudia R.; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19, n. 3 - set./dez., 2014, p. 663-694.

ROESLER, Claudia R. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Vol. 1, n. 2 - jan./abr., 2016, p. 79-95.

ROESLER, Claudia R.; SANTOS, Paulo Alves. **Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas**. Artigo aceito para publicação em Revista Direito GV.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.