

INTRODUÇÃO

A presente monografia investiga o problema da banalização do dano moral na sociedade atual, principalmente no que tange às relações afetivas, tendo como objetivo fundamentar juridicamente a necessidade de se delimitar a interpretação da configuração de danos morais. Desta forma, levanta-se como problema a indagação sobre a coisificação do instituto do dano moral nos dias de hoje, principalmente em detrimento ao dano decorrente de relações afetivas, questionando-se, nesse sentido, se é cabível a exclusão do mérito da afetividade como parâmetro ensejador de danos morais, com o intuito de evitar tal banalização.

Para tanto, adotou-se como metodologia à confecção da presente pesquisa teórico-dogmática, a explicação de cunho bibliográfico. Traz, ainda, um estudo jurisprudencial que permitirá a estruturação prática do tema e levantamento de legislação pertinente que permitirá uma demonstração quantitativa e qualitativa do corpo teórico a ser estruturado. Acerca do universo explanado, a pesquisa é inter e transdisciplinar, uma vez que investiga o Direito Constitucional, o Direito Civil, a Psicologia e a própria filosofia.

Traz-se como marco teórico o entendimento jurisprudencial da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça em que figurava o caso concreto onde se pleiteava danos morais em decorrência do abandono afetivo, tendo este sido negado, sucintamente, por não configurar a prática de ato ilícito. Tal jurisprudência é o embasamento para confirmação da hipótese enfatizando que perante o aumento significativo de ações pleiteando danos morais, sendo grande parte destas de foro familiar envolvendo questões afetivas, há a necessidade de imposição de limites legais à interpretação do dano moral, excluindo-se a afetividade como ato lesivo gerador, a fim de evitar a coisificação do afeto.

Desta feita, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos, sendo que no primeiro capítulo, de nome "Elementos Constitutivos da Responsabilidade Civil", buscamos conceituar a responsabilidade civil como um todo, procurando definir todos os parâmetros para sua configuração e os seus elementos constitutivos, estabelecendo também, uma conceituação para dano

indenizável moral e material, bem como as teorias acerca da própria responsabilidade civil.

Já no segundo capítulo, que recebe o nome de "Fundamentos da personalidade nas relações de família", tratamos das relações familiares, recorrendo sobre os fundamentos da personalidade. Abordamos ainda, a conceituação e interpretação dos valores da intimidade, vida privada, honra e imagem, os quais são resguardados pela Constituição da República e por fim, analisamos o princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando a afetividade e o direito medindo a extensão da liberdade de escolha em detrimento ao direito de outrem.

Por fim, no terceiro capítulo, intitulado "O dano moral e o mérito da afetividade", analisamos mais especificamente o dano moral decorrente do mérito afetivo. Buscamos, ainda, definir os parâmetros para o estabelecimento de danos morais diante da coisificação do instituto, no intuito de definir a necessidade de limitação interpretativa e exclusão do mérito afetivo como ato lesivo gerador de dano.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Notando-se que a presente monografia centra-se no problema da concepção e estabelecimento dos danos morais decorrentes de relações afetivas e de foro familiar, tomando por base a complexidade do tema proposto, sendo que tanto o dano moral, quanto a afetividade são valores subjetivos, faz-se necessário trazer a baila alguns conceitos centrais com a finalidade de melhor compreensão do trabalho ora exposto.

Desta feita, os conceitos abaixo explanados, mais precisamente os de responsabilidade civil, de afetividade e dano moral, nos ajudarão a compreender melhor a natureza científica do presente trabalho o qual busca a delimitação da interpretação do instituto do dano moral face à afetividade.

Primeiramente, é necessária a conceituação do que seria o dano indenizável e quando este seria aplicável. Nota-se que antes mesmo do atual Código Civil de 2002, o dano moral já era frisado pela nossa Carta Constitucional de 1988 em seu artigo 5º, V e X, que preconiza:

Art. 5º [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.¹

Por certo, a Constituição da República assegura a inviolabilidade dos direitos da personalidade e ainda, garante, caso este seja violado, sua devida indenização, ou seja, a responsabilidade civil. O Código Civil em vigor reforça ainda mais tal direito em seus artigos 186 e 927, buscando dar-nos um conceito para o que seria a Responsabilidade Civil:

¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 07.

Art. 186 - Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927 - Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.²

José de Aguiar Dias, discursando mais precisamente sobre responsabilidade civil assevera que, "toda manifestação humana traz para si o problema da responsabilidade".³

Ainda, Maria Helena Diniz entende que para a caracterização da responsabilidade civil deve existir uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, o qual gere a ocorrência de um dano, moral ou patrimonial, e por fim o nexo causal entre tal ação e o dano, para que este seja indenizável.⁴

Nesta mesma baila, Yussef Said Cahali discursa sobre a configuração da responsabilidade civil, citando a necessidade dos "pressupostos exigidos por lei para que exista a responsabilidade civil e a indenização, ou seja, o dano, a culpa dos autores do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano".⁵

Desta forma, entende-se que o dano, moral ou patrimonial, para que sejam indenizáveis, deva decorrer de uma ação, culposa ou não, seja esta positiva ou negativa, o qual, em decorrência desta, gere o dano a outrem.

No que diz respeito à afetividade, primeiramente trataremos como conceito a concepção estipulada pelo Dicionário Aurélio, o qual preceitua que aquela compreende o "conjunto dos fenômenos afetivos, tendências, emoções, sentimentos, paixões [...]; força constituída por esses fenômenos, no íntimo de um caráter individual." ⁶

²BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 19, 65.

³DIAS, José de Aguiar *apud* LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **A Responsabilidade Civil e os Danos Indenizáveis**, 9 de setembro de 2009, Consultor Jurídico, disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>, acesso em 05 de maio de 2010.

⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 90.

⁶AURÉLIO, Dicionário. **Dicionário do Aurélio Online**. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Afetividade>>, acesso em 24 de maio de 2010, às 13:00 horas.

Ainda Silvana Maria Carbonera referindo-se à afetividade nas relações de família, diz que a noção de afeto é "tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto à outra pessoa ou pessoas".⁷

Assim, entendemos que o afeto é algo íntimo do ser humano, o qual advém do subconsciente sendo de natureza inteiramente subjetiva. Tal sentimento é precursor das relações de foro familiar, o qual necessariamente está implícito em toda relação íntima, unindo os correspondentes.

Vislumbra-se ainda, que o dever moral de afeto está implícito no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, prescrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, o qual o consagra como fundamento do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.⁸

Após tal entendimento, faz-se necessário a conceituação do dano moral e por fim a sua delimitação como dano moral afetivo. Traz-se como conceito de dano moral, o entendimento de Maria Helena Diniz que dispõe: "O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".⁹

Ainda, Sílvio de Salvo Venosa, conceitua que, "dano moral é o prejuízo que afeta o animo psíquico, moral e intelectual da vítima".¹⁰

Podemos entender que no direito brasileiro existe a premissa de não lesar a outrem. No entanto, se ocorrer o dano, surge à obrigação de indenizar. Moralmente, ocorre da mesma forma, sendo a responsabilidade civil correlacionada diretamente à obrigação de indenizar, caso ocorra o dano.

⁷CARBONERA, Silvana Maria. *apud* FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.286.

⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 07

⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 88.

¹⁰VENOSA, Sílvio De Salvo, **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.4, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39.

O que acontece é que o dano moral é inteiramente subjetivo, decorre de frustrações do íntimo do lesado. Não se pode medir claramente seus prejuízos e, conseqüentemente, é de considerável dificuldade sua correta avaliação para sua efetiva constatação e contraprestação devida.

Desta feita, os conceitos aqui explícitos serão de grande ajuda na compreensão da presente monografia, pois são estes que norteiam e embasam o exposto trabalho.

CAPÍTULO I – ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Responsabilidade civil: Noções gerais

A responsabilização pelos atos da vida civil remota aos primórdios da civilização humana. Na realidade, têm-se notícias da responsabilidade em decorrência de dano a terceiro a partir dos primeiros povoados humanos, momento em que o homem deixa de viver uma vida nômade para conviver em sociedade.

O vocábulo responsabilidade é de origem latina, “*respondere*”, e tem acepções correlacionadas a realidade social tendo associação à palavra garantidor ou devedor, ou seja, dá a noção que uma pessoa é responsável pela reparação do dano causado a outrem. Assim é o ensinamento de Rui Stoco, no qual define:

[...] *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos traduz a própria noção de justiça existente [...]. Revela-se como algo inarredável da natureza humana. Do que se infere que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever de não prejudicar o outro [...] ¹¹,

Desta feita, interessante trazer à baila a diferenciação entre a responsabilidade moral para a responsabilidade jurídica, sendo a primeira aquela que advém de ações contrárias aos princípios morais e atua no íntimo do ser humano, atingindo o conjunto de princípios que este absorve e traz consigo ao longo de sua vida, penalizando-o interiormente. No entanto, tal responsabilidade não é interessante ao Direito, simplesmente pelo fato de esta não se exteriorizar violando normas jurídicas.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves expõe:

¹¹STOCO. Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 118.

A responsabilidade moral e a religiosa, contudo, atuam no campo da consciência individual. O homem sente-se moralmente responsável perante sua consciência ou perante Deus, conforme seja ou não religioso, mas não há nenhuma preocupação com a existência de prejuízo a terceiro. Como a responsabilidade moral é confinada à consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica.¹²

Já a responsabilidade jurídica, a qual é objeto de discussão do presente trabalho, abrange a responsabilidade civil e a criminal e é aquela que nasce da violação de preceito legal, sendo assim, nasce à responsabilidade jurídica quando ocorre determinada infração de norma jurídica e que, em decorrência desta, gere dano a outrem.

Portanto, a função da responsabilização jurídica é a de restabelecer o equilíbrio violado, seja este moral ou patrimonial da vítima de um lado garantindo o direito do lesado à segurança e por outro lado servir como sanção civil de natureza compensatória. Neste diapasão, Carlos Roberto Gonçalves, destaca: "Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano"¹³.

Desta feita, podemos definir a responsabilidade civil como a obrigação de reparar um dano, podendo este ser em decorrência de culpa ou de uma circunstância legal que justifique.

Neste contexto, Maria Helena Diniz compreende como responsabilidade civil,

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹⁴

Desta feita, importante trazer a tona que para a configuração da responsabilidade civil são necessários alguns requisitos, sendo tais pressupostos, essenciais para ensejar a obrigação de reparação do dano.

Sendo a responsabilidade civil medida que obriga a reparação do dano causado a terceiros, é necessária a compreensão que, para existir tal obrigação, devem estar presentes determinados pressupostos.

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, V.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

¹³*Ibidem*, p. 19.

¹⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

Dísparos são os entendimentos de quais seriam estes pressupostos imprescindíveis para a caracterização da responsabilidade civil, algumas correntes apontam a culpa e a imputabilidade¹⁵, outras demonstram a necessidade do fato danoso, o dano e antijuridicidade ou mesmo a culpabilidade¹⁶, no entanto, a doutrina majoritária¹⁷ entende ser essencial a conduta (culposa ou não), o dano e a relação de causalidade entre o dano e a conduta.

É ainda nesse sentido a jurisprudência abaixo explanada:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PROTESTO INDEVIDO DE CHEQUE - ATUAÇÃO DE ESTELIONATÁRIO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo.¹⁸

Caio Mário da Silva Pereira reforça a essencialidade de tais pressupostos, no qual descreve que são:

[...] requisitos essenciais: a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário ao direito, por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não propósito de malfezer; b) em segundo lugar, a existência do dano, tomada a expressão no sentido de a lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento do nexo de causalidade entre uma e outra, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário ao direito não teria havido o atentado a bem jurídico.¹⁹

¹⁵SAVATIER, **Traité de La responsabilité civile em droit français**. 2 ed. Paris, LGDJ, 1951; neste mesmo sentido, CHIRONI, **La colpa nel diritto civile odierno**, 2. Ed, Torino, Frantelli Bocca, 1903; *apud*, DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁶TRABUCCHI, **Istituzioni di diritto civile**, 22. Ed., Padova, CEDAM, 1977, *apud* DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁷COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010; neste mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

¹⁸BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.PROTESTO INDEVIDO DE CHEQUE. ATUAÇÃO DE ESTELIONATÁRIO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0390.07.016783-3/001. Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha. J. 29.05.2009; pub. 19.06.2009.

¹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v 3, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 457.

Por derradeiro, o entendimento da 11ª câmara cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais conclui:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA. Para a configuração do dever de indenizar, é necessário que se verifique a presença simultânea de três elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência indubitosa do dano, a culpa, o dolo ou má-fé do ofensor e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima.²⁰

São estes os alicerces da responsabilização, e deverão obrigatoriamente estar presentes para se alcançar a reparação por responsabilidade civil.

1.2 Da conduta

Toda obrigação deve necessariamente decorrer de uma ação. Para que exista a responsabilização civil é imprescindível que esta decorra de um ato do agente em detrimento da vítima.

No entanto, tal ação pode se dar em virtude de uma atividade comissiva ou omissiva. Ou seja, pode ser uma atividade positiva, de forma que a atitude do agente lesionador cause dano à vítima, ou ainda, negativa, forma em que sua inércia configure o dano, gerando a obrigação de repará-lo.

Assim, nos ensinamentos de Sérgio Cavaliere Filho, conduta é conceituada como “o comportamento humano, voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas. A Ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo à vontade o seu aspecto psicológico”.²¹

Neste mesmo norte, Maria Helena Diniz preceitua que “a indenização deriva de uma ação ou omissão do lesante que infringe um dever legal, contratual ou social, isto é, se praticado com abuso de direito.”²²

²⁰BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0427.07.003745-7/001. Rel. Des. Selma Marques. J. 30.06.2010; pub. 13.07.2010.

²¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p.24.

²²DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 39.

Ainda, a ação poderá ser lícita ou ilícita, ou seja, a responsabilidade decorre de um ato ilícito ou lícito, sendo tais definições correlacionadas às teorias da responsabilidade subjetiva e objetiva, onde o ilícito se relaciona com a primeira e o lícito com a teoria objetiva.

Como regra geral, nosso ordenamento jurídico adota a teoria subjetiva, sendo que para a configuração da responsabilização civil segundo tal teoria, deve-se verificar o comportamento do agente, analisando sua provável reprovabilidade ou censurabilidade. Segundo Maria Helena Diniz, “o comportamento do agente será reprovado ou mesmo censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente”.²³

Desta forma, entende-se que para que seja configurada a responsabilidade civil, o infrator deva necessariamente cometer um ato reprovado juridicamente, ou seja, cometer um ato ilícito.

Assim o Código Civil de 2002, em seu artigo 186 e 927, determina:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.²⁴

Desta feita, sendo o ato ilícito aquele praticado culposamente e que contraria uma norma jurídica, traz-se à baila o instituto da culpa, elemento da ação, e fundamento essencial à configuração da responsabilização civil pela teoria subjetiva, devendo necessariamente haver a culpa para que haja responsabilidade.

Importante frisar que a modalidade de culpa aqui expressa é em sentido amplo, na qual se subdivide em dolo e culpa em sentido estrito. Assim, a culpa em sentido amplo ou “(*lato sensu*), abrange toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou não, como na culpa.”²⁵

²³ *Idem*.

²⁴ BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 19, 65.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p.24.

O dolo, é pois, a vontade expressa de praticar determinada ação contrária à norma jurídica e, culpa, a vontade viciada pela imperícia, pela negligência ou pela imprudência.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz leciona:

A imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou ato de proceder sem cautela.²⁶

É o entendimento que o ônus de provar que o agressor agiu com culpa é da vítima. No entanto, existem certas situações onde subtenesse que o agente agiu realmente com culpa, invertendo, portanto, o ônus da prova, devendo o agressor provar que não agiu com culpa para descaracterização da responsabilidade civil.²⁷

Em tais situações ocorre a chamada presunção de culpa, em que a lei estabelece que, caso ocorra determinados fatos, a culpa será presumida, devendo a vítima apenas provar a relação de causa e efeito entre o ato por este praticado e o dano experimentado.

Nesse sentido é o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa:

Nas hipóteses de culpa presumida, carreadas pela jurisprudência, há inversão do ônus da prova: cabe ao réu provar que não agiu com culpa. A culpa presumida, contudo, não se confunde com a responsabilidade objetiva, que independe da culpa.²⁸

No entanto, existem hipóteses que desconfiguram o ato ilícito, casos em que, mesmo que tenha ocorrido o dano, este não será indenizado. São as hipóteses elencadas no Artigo 188 do Código Civil Brasileiro:

Art. 188 - Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.²⁹

²⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v 7, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**,V.4. 5 ed.São Paulo:Saraiva,2010, p. 320.

²⁸VENOSA, Sílvio De Salvo, **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.4, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 32.

²⁹BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 19.

Interessante, também, citar a situação em que mesmo se uma pessoa esteja em exercício de um direito reconhecido juridicamente, se esta ultrapassar os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, também estará cometendo ato ilícito, e gerando, portanto, a obrigação de indenizar.

Nesse sentido o artigo 187 do Código Civil preceitua: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.³⁰

Tal situação baseia-se na noção de abuso de direito, sendo que, desta forma, mesmo possuindo o direito para agir, aquele que agir em desatenção ao fim econômico e social da coisa, ou mesmo, agir de má fé ou contrariar os bons costumes, deve ser responsabilizado civilmente.

Ainda, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, para a configuração da responsabilidade civil é fundamental que a ação ou omissão praticada pelo agente, seja voluntária, e que viole uma norma jurídica, devendo inclusive, o autor ter conhecimento de tal norma e agir com dolo ou de forma culposa.

Necessário citar a imputabilidade como elemento constitutivo da culpa, sendo esta, a análise da consciência e vontade de quem praticou o ato ilícito que acabou por gerar a responsabilidade civil.

Por fim, para responsabilização civil, a voluntariedade da ação deve ser necessariamente controlada pela vontade do agente à qual se imputa o fato danoso, não podendo conter vícios, tais como a menoridade, demência, debilidade mental ou outro estado grave de desequilíbrio mental causado por fatores exteriores (drogas, álcool, etc.), anuência da vítima, exercício normal de um direito, legítima defesa, coação, e estado de necessidade, sob pena de não caracterizar a responsabilidade civil.

Sobre a voluntariedade da ação, Maria Helena Diniz entende:

Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações, etc.³¹

³⁰ *Idem.*

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

Noutro diapasão, a teoria objetiva nasce desvinculando a ideia da culpa como elemento da responsabilidade civil. Assim, Alvino Lima afirma:

O instituto da responsabilidade civil subjetiva não era capaz de resolver inúmeros casos que a civilização moderna criara e agravara, sendo necessário afastar-se o elemento moral para concentrar-se exclusivamente na necessidade de reparação do dano.³²

Desta forma, o dever de indenizar, segundo tal teoria, não se ampara mais na conduta do agente causador do dano, mas sim da lei e do risco de dano que o exercício de uma atividade poderá vir a causar para terceiros.

Assim, conforme se abstrai dos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa a “responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano em detrimento do dolo ou culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e nexa causal, prescindindo-se da prova da culpa”³³.

Ainda preceitua o artigo 927 em seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro:

Art. 927, CC - Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.³⁴

Podemos abstrair em análise ao dispositivo acima exposto, o entendimento que existem duas modalidades de responsabilidade objetiva, sendo a que decorre da lei, também chamada de responsabilidade objetiva formal e a decorrente do risco, a qual recebe a nomenclatura de responsabilidade objetiva material.

Pode, no entanto, existir hipóteses em que no mesmo caso concreto ocorra a responsabilidade objetiva material e formal, neste sentido Fábio Ulhoa Coelho informa:

São duas as modalidade responsabilidade objetiva: a prevista em preceito específico de lei (responsabilidade formal) e a derivada da exploração de atividade cujos custos podem ser socializados entre beneficiários (responsabilidade material). Quando o legislador, atento à segurança nas relações jurídicas, prevê em preceito próprio hipótese de responsabilidade

³²LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

³³VENOSA, Sílvio De Salvo, **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.4, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

³⁴BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 69.

objetiva material, a distinção entre as modalidades perde importância prática.³⁵

É o entendimento que a teoria objetiva fundamenta-se na teoria do risco, a qual embasa na idéia de que toda atividade humana geradora de proveitos para o explorador também produz riscos, os quais devem ser indenizados, independente de culpa.

Neste diapasão, Fábio Ulhoa Coelho leciona:

Pela teoria do risco, quem tem o proveito de certa atividade deve arcar também com os danos por ela gerados (*ubi emolumentum, ibi onus*). Em decorrência, deve ser imputada responsabilidade objetiva a quem explora atividade geradora de risco para quem venha a titularizar vantagem injurídica.³⁶

Segundo a teoria do risco, existem ainda três espécies de risco, sendo o chamado risco de empresa³⁷, no qual o empresário que busca lucro com atividade econômica tem o ônus de arcar com os eventuais danos por ela desencadeados; o risco administrativo, no qual o Estado deve ser objetivamente responsabilizado para distribuir as repercussões econômicas da realização do interesse público entre os beneficiados, e por fim, o risco-perigo, no qual responsabiliza quem se aproveita de atividade que expõe direitos de outrem a perigo.³⁸

Desta feita, mesmo havendo duas teorias aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a teoria subjetiva é a regra, sendo a que se deve primeiramente ser analisada, e posteriormente, busca-se a interposição da teoria objetiva, quando cabível. É neste sentido o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

A regra geral é a imputação de responsabilidade civil subjetiva: todos respondem pelos seus atos ilícitos. A responsabilização objetiva é regra especial. Quando ausentes os pressupostos da imputação de

³⁵COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. v.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 357.

³⁶*Ibidem*, p. 361.

³⁷Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, *assumindo os riscos da atividade econômica*, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (grifos nossos) (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. (Lei 5452/43), disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>, acessado em 29 de outubro de 2010 às 01:34 horas.

³⁸NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

responsabilidade objetiva, mas presente o elemento subjetivo, caberá a responsabilização do demandado por culpa.³⁹

Assim, para aplicação da responsabilidade civil devemos primeiramente interpretar o caso concreto, e, após considerar qual teoria seria a adequada a se aplicar. Sendo a subjetiva, deverá ser levada em consideração a parte subjetiva da conduta, ou seja, a culpa ou dolo do agente. Por outro lado, se a teoria adequada for a objetiva, resta fazer a análise da relação de causalidade, a qual dissertaremos a seguir, e por fim do dano.

1.3 Da relação de causalidade

A relação de causalidade, também chamada de nexos causal ou relação de causa e efeito é um dos pressupostos essenciais para configuração da responsabilidade civil.

Interessante citar os ensinamentos de Maria Helena Diniz, a qual conceitua nexos causal: “O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexos causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível”⁴⁰

Para Silvio Salvo Venosa, nexos de causalidade é “o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”⁴¹.

Ainda, Cavaliere Filho preleciona que nexos de causalidade é a “ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”⁴².

Assim, a relação de causa e efeito, em síntese, é um elo que liga a ação do agente ao dano que se pretende ser indenizado. Ainda desta forma preceitua o artigo 186 do Código Civil ao exigir que para se configurar a obrigação de indenizar, a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência esta deva

³⁹COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. v.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.

⁴⁰DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

⁴¹VENOSA, Silvio De Salvo, **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.4, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39

⁴²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p.24

necessariamente violar direito e causar dano a outrem, estabelecendo assim, a necessidade da relação direta entre a ação e o dano.⁴³

É essencial o discernimento de como poderia se identificar tal liame causal determinante da responsabilização civil dentre tantos fatos que podem concorrer para o dano a que se pretende a indenização. Assim, é oportuno o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, no qual descreve exatamente o que seria o nexo de causalidade, *in verbis*:

[...] não pode haver uma questão de nexo causal senão quando se esteja diante de uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar.⁴⁴

A relação de causalidade é, pois, aquela que é essencial para a produção do dano final, ou seja, sem esta não seria possível que ocorresse o dano.

Existem ainda, três teorias que buscam identificar e conceituar o nexo causal. A primeira a ser discutida é a chamada teoria da equivalência das condições. Segundo tal teoria, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano experimentado é considerada como causa deste.

A teoria da equivalência das condições é amplamente conhecida pelo vocábulo “*conditio sine qua non*”⁴⁵, ou seja, para se saber se um determinado fato é um nexo de causalidade, basta se indagar se tal fato é uma condição sem a qual não teria se produzido o dano que se pretende indenizar.

Para Sergio Cavalieri Filho, tal teoria se traduz na situação em que havendo “varias condições que concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada”.⁴⁶

⁴³Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.(BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 19)

⁴⁴GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**,V.4. 5 ed.São Paulo:Saraiva,2010, p. 349.

⁴⁵*Sine qua non* ou *conditio sine qua non* originou-se do termo legal em latim para “sem o qual não pode ser” e refere-se a uma ação, condição ou ingrediente indispensável e essencial (BOOKS, Google. **Dicionário de filosofia**, vol. 1, disponível em <http://books.google.com.br/books>, acesso em 20 de outubro de 2010).

⁴⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p.24

Assim, pela teoria da equivalência das condições, caso haja culpa, todas as condições de um dano são equivalentes. Assim, todos os elementos que de certa maneira concorreram para realização do dano são considerados como causa, não havendo necessidade de apontar qual desses fatos, antecedentes ao dano, é o que efetivamente causou o dano de forma direta.⁴⁷

No entanto, tal teoria por ter uma abrangência significativamente grande, pode trazer ao direito resultados errôneos. Como por exemplo, responsabilizar o fabricante de armas por um homicídio executado com uma de suas manufaturas.

Por outro lado, existe a teoria da causalidade adequada, a qual tem aplicabilidade em nosso ordenamento e analisa o problema da relação de causalidade como uma questão científica de probabilidade. Desta forma, dentre as condutas que antecederam o dano, deve-se destacar aquela que está em condições de necessariamente tê-lo produzido.

A jurisprudência abaixo nos dá uma noção da aplicabilidade de tal teoria no nosso ordenamento:

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO – ATROPELAMENTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. [...] Consoante a doutrina da causalidade adequada, a causa é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado, demonstrando que nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento. Não se justifica atribuir responsabilidade, com base nesta teoria, aquele que não concorreu para o resultado gravoso, uma vez que restou caracterizada a culpa exclusiva da vítima.⁴⁸

Desta feita, o magistrado ao julgar determinada ação deve eliminar os fatos menos relevantes que concorreram para o dano.

Nesta mesma baila, Carlos Roberto Gonçalves, expressa: "A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo".⁴⁹

⁴⁷COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁸BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. Ap. Civ. 2.0000.00.500205-5/000, 16ª câmara civil. Rel. Des. Brandão Teixeira. DJU, 10.11.2006.

⁴⁹GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**,V.4. 5 ed.São Paulo:Saraiva,2010, p. 350.

Assim, por força da nomenclatura de tal teoria, podemos dizer que ao ocorrer certo dano, devemos buscar a compreensão se o fato que se mostra como nexos causal, é capaz de lhe dar causa. Se positivo, entende-se que a relação de causa e efeito discutida é comum em casos desta natureza, sendo, portanto, uma causa adequada a produzir o efeito. No entanto, se pelo contrário, for negativo, e o fato discutido for somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.

Independente da teoria a ser aplicada, seja a teoria da equivalência das condições ou da causalidade adequada, mister é a necessidade de demonstrar o nexos causal. Neste sentido é o entendimento do Ministro Celso de Mello, o qual proferiu em recurso extraordinário, que:

[...] a comprovação da relação de causalidade – qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições ou teoria da causalidade adequada), é essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido.⁵⁰

Por fim, existe a teoria dos danos diretos e imediatos, que nada mais é do que uma teoria mista, que trás consigo elementos da primeira e da segunda teoria ora discutidos.

Assim, tal teoria requer que haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito, que, no entanto, deve ser direta e imediata.

Assim Carlos Roberto Gonçalves preceitua: Segundo tal teoria, cada agente responde, assim, somente pelos danos que resultam direta e imediatamente, isto é, proximoamente, de sua conduta.⁵¹

É portanto, o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho⁵² de que o nosso Código Civil de 2002, dentre todas as teorias já expostas, adota a teoria do dano direto e imediato, e assim é disciplinado no Artigo 403 do mesmo diploma legal: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos

⁵⁰BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. A comprovação da relação de causalidade. Recurso Extraordinário 481.110-3, Rel. Min. Celso de Melo. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 16 de outubro de 2010, às 16:00 horas.

⁵¹GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 351.

⁵²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. v.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”⁵³.

O artigo ora exposto traz a noção de que jamais poderá ser indenizável um dano remoto, ou seja, uma conseqüência indireta do dano. Portanto, são indenizáveis somente os danos resultantes da conduta de forma direta e imediata.

Além da exigência de que os danos indenizáveis sejam conseqüência direta e imediata da conduta, existem outras circunstâncias que devem ser evitadas para que não sege desconstituída a responsabilidade civil.

Tais circunstâncias são as chamadas excludentes do nexos causal, e se presentes alguma delas não haverá nexos causal e por conseqüência, não haverá responsabilidade civil.

Importante citar que tais circunstâncias excludentes do nexos causal não se confundem com a imputabilidade, sendo esta relacionada diretamente a elementos subjetivos e por outro lado, as excludentes de nexos causal são elementos objetivos.

São elementos extintivos ou modificativos da responsabilidade em decorrência da relação de causalidade, segundo Maria Helena Diniz: a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente, culpa comum, culpa de terceiro, força maior ou caso fortuito e a cláusula de não indenizar.⁵⁴

Caso ocorra durante o evento que gerou o dano, culpa exclusiva da vítima, o agente não poderá ser responsabilizado, devendo a vítima arcar com todos os prejuízos. Nesse sentido Silvo Rodrigues afirma:

Com efeito, se a culpa é exclusiva da vítima, inexistente, por definição, culpa do agente causador do dano, e obviamente não há relação de causa e efeito entre o ato culposo deste e o prejuízo pois repetindo, de acordo com a própria hipótese e por definição, a culpa foi da vítima e não do agente que deu causa ao prejuízo⁵⁵.

Assim, isto ocorre pela condição de ser o agente apenas elemento do incidente, não havendo nexos de causalidade entre a ação por ele cometida e o dano gerado.

⁵³BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 30

⁵⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

⁵⁵RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil, v. 4, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 164.

Outro elemento viciante do nexo causal é a culpa concorrente da vítima e do agente. Nesta possibilidade não ira desaparecer o liame de causalidade. No entanto, nesta possibilidade, este sofrerá apenas uma atenuação de responsabilidade, diminuindo a indenização proporcionalmente a culpa da vítima.

No caso de culpa comum da vítima e do agente, ou seja, quando conjuntamente, ambos causam o dano, as responsabilidades se compensarão, se neutralizando, com exceção de que se as responsabilidades estiverem em situação desigual, neste caso a quantia indenizatória se medirá pela desigualdade entre as responsabilidades.

Por outro lado, se a culpa for de terceiro que não seja o agente e a vítima, haverá total isenção de responsabilidade do agente. No entanto, para que configure a responsabilidade do terceiro é imprescindível que haja o nexo causal entre o dano e a ação do terceiro envolvido. Ainda é importante que o fato do terceiro não tenha sido produzido pelo agente, caso em que as responsabilidades serão concorrentes, e por ultimo, é necessário que o fato seja ilícito e que o acontecimento seja imprevisível e inevitável.

Todos os meios ora expostos viciam o nexo de responsabilidade, tendo em vista que o agente é apenas um elemento do incidente, e, portanto fica comprometido o nexo causal entre a ação por ele cometida e o dano gerado.

De outra forma, em casos viciados por força maior ou caso fortuito, eliminam a culpabilidade do agente. Sendo o caso fortuito o que decorre da força da natureza, como um raio causador de um incêndio, e a força maior aqueles que decorrem de atos humanos, ambos se caracterizam por dois requisitos, o objetivo que corresponde a inevitabilidade do evento e o subjetivo que se traduz na ausência de culpa na ocorrência do dano.

Em ambos os casos, a culpabilidade é suprimida, quebrando o nexo causal e por conseqüência, não haverá responsabilidade civil.

Por fim, sobre a cláusula de indenizar, Silvio Rodrigues assevera:

Se, no contrato, convencionou-se que o dano porventura experimentado por um dos contratantes não seria reparado pelo outro, que por desaparecer a relação de causa e efeito, mas por força da própria convenção. Aqui há a assunção do risco pelo contratante que concordou em exonerar o outro da sua responsabilidade.⁵⁶

⁵⁶ *Ibidem*, p. 165.

Assim, a cláusula de não indenizar exclui a responsabilização civil. No entanto, não em decorrência de esta não ter nexos causal, mas pela simples razão de que as partes convencionaram.

1.4 Do dano

O dano é o terceiro e último elemento e pressuposto essencial para configuração da responsabilidade civil, visto que, não haverá responsabilização civil sem o dano e, ainda, o mais importante elemento a ser discutido nesse trabalho, visto que a matéria aqui exposta tem relação direta com este.

Já Sergio Cavalieri Filho descreve dano como sendo:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, que ser tratar de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.⁵⁷

A essencialidade do dano na responsabilidade civil se configura pelo simples fato de que toda obrigação de ressarcir busca na realidade reparar algum dano, sendo assim, se não há dano, não o que se falar em repará-lo.

Nesse sentido, pontifica Maria Helena Diniz: "Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar".⁵⁸

O dano é aquela lesão a um interesse, podendo ser este patrimonial ou apenas moral e em algumas circunstâncias, será patrimonial e moral ao mesmo tempo.

Interessante trazer à tona o fundamento que diante de um dano, a vítima ao buscar a indenização, não está buscando a obtenção de uma vantagem e sim a reparação do prejuízo causado pelo agente.

⁵⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p.24.

⁵⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 59.

Podemos ainda diferenciar o dano em direto e indireto, sendo o primeiro aquele em que a lesão decorre diretamente da ação ou omissão do agente. Já o dano indireto, ou ricochete como também é conhecido, ocorre quando uma pessoa sofre o reflexo de um ato causado a outrem. Desta forma, o dano em ricochete é aquele que, embora advindo de uma lesão a determinada pessoa, este se reflete a terceiros.

A respeito de dano em ricochete o Desembargador Lucas Pereira a demonstra em situação fática, na jurisprudência abaixo:

[...] a esposa e, até mesmo a filha do empregado, vítima de acidente de trabalho, que ficou irreversivelmente inválido e dependente de cuidados especiais, são partes legítimas para pleitearem indenização por danos morais que pessoalmente sofreram. Este prejuízo experimentado indiretamente por terceira pessoa é reconhecido na doutrina como "dano por Ricochete".⁵⁹

Importante ainda é a realização do estudo sobre dano patrimonial e dano moral, o qual faremos de forma individual.

1.4.1 Do dano material

O dano material, também chamado de dano patrimonial, como o próprio nome já nos traz referência, é aquele que afeta o patrimônio da vítima.

Sendo o conceito de dano material correlacionado ao patrimônio, interessante trazer à tona o conceito deste, o qual, segundo Maria Helena Diniz, patrimônio é "uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa".⁶⁰

Desta forma, o dano patrimonial é aquele que afeta o conjunto de bens desta pessoa, é ainda, a deterioração, em parte ou ao todo, do patrimônio pertencente à vítima.

⁵⁹BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – LEGITIMIDADE ATIVA – “DANO POR RICOCHETE” – POSSIBILIDADE. Ag. Inst. 1.0024.06.201768-6/001, 17ª câmara civil. Rel. Lucas Pereira. J. 25.10.2007. pub.15.11.2007.

⁶⁰DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 66.

Ainda, para Silvio de Salvo Venosa dano patrimonial “é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.⁶¹

Já nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, “danos materiais são os que atingem as coisas, inclusive os bens incorpóreos. [...] são os que reduzem o valor ou inutilizam por completo bens do credor da indenização”.⁶²

Neste sentido, Maria Helena Diniz conceitua:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.⁶³

É necessário, entretanto, para se indenizar corretamente, medir a extensão do dano. A extensão do dano material se mede pela diferença entre o valor do patrimônio antes do evento danoso para o pós dano.

Assim, o que se busca com a indenização é a reversão do estado da vítima para o mais próximo da situação que este se encontrava anteriormente ao fato danoso.

O dano material ainda se divide em dano emergente e lucro cessante, sendo o primeiro aquele que emerge diretamente da lesão e é na verdade aquilo que efetivamente o lesado perdeu.

O dano emergente é também chamado de dano positivo, e consiste na efetiva diminuição do patrimônio do lesado, não se admitindo, portanto, os danos em potenciais ou eventuais, com exceção se estes decorram naturalmente da ação.

Já o lucro cessante, ou dano negativo, consiste na privação de um ganho futuro que o lesado deixou de obter. Para se medir o lucro cessante deve-se usar critérios de probabilidades objetivas de modo que o resultado seria aquele de decorreria normalmente dos fatos que deram causa ao dano.

Nesta baila, Rafael Menezes explana sobre danos emergentes e lucros cessantes:

⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.4, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 36.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 66.

Os danos materiais correspondem aos lucros cessantes e ao dano emergente. Dano emergente é aquilo que o credor efetivamente perdeu e lucro cessante é aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar - Ex: A bate seu carro num táxi, terá então que indenizar o taxista pelo dano emergente (farol quebrado, lataria amassada, pintura arranhada, etc. – *damnum emergens*) e pelo lucro cessante (os dias que o taxista ficará sem trabalhar enquanto o carro é consertado – *lucrum cessans*).⁶⁴

Os lucros cessantes não se traduzem puramente naquele benefício perdido, mas também podem advir da perda de uma chance, perda de uma oportunidade ou de expectativa, e pode ser entendido como aquela frustração de uma oportunidade em que seria obtida se não tivesse ocorrido o ato ilícito do agente.

Neste diapasão, a jurisprudência abaixo explana:

RESPONSABILIDADE CIVIL PERDA DE UMA CHANCE –
 PROBABILIDADE SERIA E REAL SITUAÇÃO DE VANTAGEM –
 VIOLAÇÃO DA BOA FÉ OBJETIVA – NEXO DE CAUSALIDADE –
 EXTINÇÃO DA OPORTUNIDADE – DEVER DE REPARAÇÃO –
 PROBABILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DA SITUAÇÃO VANTAJOSA.
 Independente da certeza em relação à concretização da chance, sua perda, quando configurar e si mesma uma probabilidade séria de ser obtida uma situação de vantagem, implica numa propriedade integrante da esfera jurídica de seu titular, passível, portanto, quando presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, de ser indenizada. Havendo nexo de causalidade entre conduta afrontosa ao princípio da boa-fé objetiva e a dissipação da oportunidade de ser obtida uma situação vantajosa pela outra parte contratante resta constituída a responsabilidade civil pela perda de uma chance [...]⁶⁵

Portanto, os lucros cessantes fundam-se na ideia de perda de vantagem, devendo, quando demonstrada efetiva possibilidade de esta ter vindo a ocorrer se não tivesse ocorrido o fato danoso, ser devidamente reparada.

1.4.2 Do dano moral

O dano moral atinge a vítima diretamente como pessoa e não ao seu patrimônio como no caso do dano material. Desta forma, o dano moral é aquele

⁶⁴ MENEZES, Rafael de. **Direito das obrigações**. 10 de novembro de 2008, disponível em <http://www.rafaeldemenezes.adv.br/direitoob/aula18.htm>, acesso em 05 de outubro de 2010.

⁶⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. PERDA DE UMA CHANCE. PROBABILIDADE REAL. SITUAÇÃO DE VANTAGEM. VIOLAÇÃO DA BOA FÉ OBJETIVA. 5ª Câmara Civil. Apelação nº 1.0024.05.700546-4/00, Rel. Des. Selma marques, j. 09.10.2008, p. 20.10.2008.

sofrimento causado no plano extrapatrimonial, ou seja, o dano moral reside no interior da vítima. Portanto, é inteiramente subjetivo.

Para Sérgio Cavalieri Filho, dano moral;

[...] à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.⁶⁶

Assim, ao se indagar em quais circunstâncias o dano subjetivo estaria configurado, adota-se o posicionamento que haverá dano moral quando ocorrer lesão de bem protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelos direitos da personalidade, quais sejam: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, e por conseqüência, causará à vítima, dor, sofrimento, tristeza, vexame, humilhação ou outros sentimentos subjetivos dolorosos.⁶⁷

Neste diapasão, a Constituição Federal traz em seus artigos 1º e 5º, conforme se afere abaixo:

Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p.94

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁶⁸

Sendo assim, a indenização moral não busca ressarcir a vítima apenas pela dor que esta possa estar vivenciando, mas, tão-somente, busca reparar os danos causados a esta em razão da violação do preceito legal e dessa forma, por vias oblíquas, satisfazer tais sentimentos dolorosos.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves entende:

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.⁶⁹

Dessa forma, não é indenizável, puramente, o sofrimento que uma pessoa possa vir a sofrer, pois, se estes tivessem a presunção de indenização, toda angústia ou sofrimento que possa uma pessoa vir a passar, seria indenizável. Serão, pois, indenizáveis como dano moral, aquele sofrimento de advir de uma situação em que houve violação de preceito legal, ou seja, a lesão e a dor deve obrigatoriamente nascer de um ato ilícito.

Assim Eduardo Zannoni preceitua: O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente⁷⁰.

Ainda entende-se que, além do direito não reparar todo tipo de sofrimento, mas apenas aqueles advindos da violação de preceito legal, também devemos atentar ao caráter da legitimidade⁷¹ para requerer tal indenização.

São titulares da ação de reparação por danos morais, além do ofendido, o cônjuge ou companheiro, herdeiros, membros da família e outras pessoas ligadas à vítima de forma afetiva.⁷²

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 07

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

⁷⁰ ZANNONI, Eduardo, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, V.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

⁷¹ Aqui empregada no sentido de existência de prerrogativas para figurar em uma ação processual, sendo a legitimidade ativa e passiva um pressuposto da ação.

⁷² COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. v.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Dentre os titulares podemos distinguir aqueles que sofrem os danos de forma direta e os que os sofrem por vias indiretas. Sofrem danos de forma direta aqueles que são atingidos diretamente pelos danos decorrentes do ato ilícito, de outro lado, são atingidos de forma indireta, aqueles que recebem por formas oblíquas, ou seja, sofrem os reflexos por consequência.

Importante ainda a distinção dos danos morais diretos e indiretos, sendo o primeiro aqueles que violam preceito inerente à personalidade, e de outra forma, os danos indiretos são aqueles que lesionam interesses relacionados a bens patrimoniais com ligação a afetividade da vítima.

Assim aduz Zannoni,

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.⁷³

Assim, após a análise de tais pressupostos da responsabilidade civil, é essencial o estudo dos critérios de quantificação da reparação do dano.

1.5 Critérios à quantificação da indenização

A indenização é a medida reparadora aplicada pelo direito, visando recolocar a vítima em situação anterior, ou mais próxima possível desta, ao fato lesivo.

Caio Mário ensina ainda que “reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a substituição por equivalente”.⁷⁴

⁷³ ZANNONI, Eduardo, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, V.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v 3, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 242.

Para tanto, esta deve abranger todo o prejuízo que a vítima possa ter sofrido e possivelmente, todos os lucros cessantes advindos do ocorrido.

Dessa forma, a reparação do dano poderá ser de duas formas: Pela reparação natural da coisa, ou seja, restaura-se ao estado anterior em que se encontrava (*statu quo ante*), o que se consiste na entrega da própria coisa lesada. Ademais, poderá haver a reparação do dano pela indenização pecuniária, quando não for possível a restituição da situação anterior ao fato lesivo. Esse entendimento também é pacífico nas lições de Fábio Ulhoa Coelho conforme se observa:

Embora a obrigação de indenizar possa ser cumprida mediante a reposição pelo devedor da coisa à condição anterior ao evento danoso (reparação natural ou in natura), o mais comum é que tenha a natureza pecuniária e cumpra-se pela entrega ao credor do dinheiro compensador do prejuízo patrimonial e extrapatrimonial sofrido.⁷⁵

Assim, embora seja mais benéfico para a vítima, a restituição da coisa ao estado original em que se encontrava antes do dano, esta opção praticamente não é utilizada, sendo a reparação cabível em dinheiro a que muitas das vezes é aplicada. Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves relata:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.⁷⁶

Na realidade, ao buscar a reparação por danos morais, o valor indenizado representa uma função satisfatória e de outro lado, punitiva e dissuasória.

Desta forma é o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, que discursa ao tratar da natureza jurídica do arbitramento do dano moral:

[...] apagando do ressarcimento do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, como técnica de afastar ou abolir o prejuízo, o que há de preponderar é um jogo duplo de noções; a) De um lado, a idéia de punição do infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, V.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 356.

condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo; [...] a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em benefício da vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por um erro de conduta.b) De outro lado proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensanchar de reparação da afronta; [...] c) A essas motivações, acrescenta-se o gesto de solidariedade à vítima, que a sociedade lhe deve [...].⁷⁷

Entende-se, portanto, que a indenização tem um caráter muito superior ao que embora possa parecer, partindo da primeira visão de apenas reparar a vítima dos danos sofridos, para uma visão mais ampla, no qual se acrescenta o caráter punitivo e dissuasório em relação ao agente que deu causa ao dano e por fim, ainda vê-se aplicada a idéia de solidariedade à vítima.

Assim, embora o dano moral não seja geralmente um prejuízo monetário, a dor, a emoção, a afronta, deveram ser indenizados em dinheiro. O que, no entanto não afeta a natureza indenizatória desta, pois ela não se traduz, *a priori*, em valores econômicos, mais é na verdade uma sanção, tendo, portanto, função pedagógica para o agente causador do dano de um lado, e de outro lado, busca satisfazer a vítima.

No entanto, por ser o dano moral de caráter subjetivo, não é tarefa fácil o arbitramento da quantia indenizatória mais adequada. A quantia indenizada não pode, de um lado, ser irrisória, pois assim não trará consigo o caráter punitivo, e por outro lado, não pode ser exorbitante, chegando a causar enriquecimento sem causa a vítima.

Diante de tal complexidade, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial, manifestou:

[...] a indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.⁷⁸

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**. v.5, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 242.

⁷⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. ARBITRAMENTO NA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROTESTO

Noutro sentido é o entendimento que, além dos objetivos já expostos para se dosar a indenização, deve-se buscar ainda não se incentivar a chamada indústria do dano moral, em que a reparação pelo dano se torna excessivamente gratificante, incentivando o aumento de ações desta natureza.

Assim, o julgado abaixo explana tal situação, conforme se observa:

A indenização [...] não pode, [...] chegar ao ponto de servir de estímulo para que terceiros venham a desejar ter vivenciado os mesmos constrangimentos e incômodos suportados pelo lesado. Do contrário, o fomento à tão criticada “indústria do dano moral” estaria institucionalizado e o Judiciário viria a ser, certamente, rotulado de arbitrário. Na Justiça Estadual, mais especificamente nos Juizados Especiais Cíveis, os Juízes há muito têm percebido a explosão de demandas por danos morais, muitas revelando um verdadeiro propósito de enriquecimento, desvirtuando seu verdadeiro propósito de reparar, dentro do possível, uma dor, um aborrecimento que a pessoa teve.⁷⁹

Partindo do entendimento supra, a reparação por danos não poderá gerar de forma alguma enriquecimento sem causa, devendo nestes casos, haver intervenção de corte superior para adequação do valor. O Julgado abaixo, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça colaciona tal princípio:

CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO . INDENIZAÇÃO . DANOS MORAIS . VALOR EXCESSIVO . REDUÇÃO . POSSIBILIDADE PRECEDENTES . É entendimento dessa corte que “o valor do dano moral [...] deve ser fixado com moderação, considerando a realizada de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado, absurdo, causador de enriquecimento ilícito [...].⁸⁰

Portanto, além dos critérios expostos à fixação da quantia a ser indenizada, observa-se “o porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio”⁸¹, e ainda critérios subjetivos como moderação, razoabilidade e

INDEVIDO. INDENIZAÇÃO. REsp 205.268, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 07.06.1999, pub. 28.06.1999.

⁷⁹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. DIREITO CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - RECONVENÇÃO - REPARAÇÃO DE DANO MORAL - APONTAMENTO DO NOME DO POUPADOR NO SPC - RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Apelação Civil nº AC 9702280710 ES, 1ª Turma, Rel. Des. Guilherme Couto, J. 09.93.99, pub. 14.09.99.

⁸⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. CIVIL- PROTESTO INDEVIDO-INDENIZAÇÃO-DANO MORAIS. REsp 65127, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, J. 06.10.2005, pub. 05.12.2005.

⁸¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. ARBITRAMENTO NA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROTESTO INDEVIDO. INDENIZAÇÃO. REsp 205.268, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 07.06.1999, pub. 28.06.1999.

peculiaridades do caso, deverá também ser levado em consideração o grau de culpa do agente.

Para Fábio Ulhoa Coelho, “na hipótese de ter sido baixo o grau de culpa do devedor e elevado montante dos danos, a lei faculta ao juiz que reduza equitativamente o valor da indenização”.⁸²

Já no caso dos danos patrimoniais, este compreende a lesão material e, portanto, busca satisfazê-la nos limites do dano causado. Isto significa que a indenização não pode ultrapassar os danos que foram experimentados, devendo apenas ressarcir a vítima pelos prejuízos obtidos, sob pena de esta adotar caráter de enriquecimento sem causa.

Computam-se, entretanto, os lucros cessantes, pois estes são de alguma forma ganhos que a vítima deixou de obter em razão do dano experimentado. Assim, para Fábio Ulhoa,

[...] para ser completa, a indenização dos danos patrimoniais deve abranger também os lucros cessantes, e não apenas as perdas ocorridas. Isto é, na avaliação da redução experimentada pelo patrimônio do credor, não se pode ignorar o custo de oportunidade, quer dizer, o potencial de geração de riquezas representado pelos bens dele suprimidos pelo evento danoso.⁸³

Desta feita, somente após o magistrado pesar todos pressupostos aqui elencados é que este poderá chegar a uma indenizável razoável.

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 415.

⁸³ *Idem*.

CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

2.1 Intimidade, vida privada, honra e imagem

Não se sabe ao certo o início dos direitos da personalidade, no entanto, desde as antigas civilizações já se buscava a proteção à pessoa, o que é concernente aos fundamentos da personalidade. Assim, os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes a pessoa e à sua dignidade.

Para Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, “são direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomando em si mesmo em suas projeções na sociedade, visando a defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física.”⁸⁴. Já para Venosa, “é o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas”⁸⁵

No entanto, na realidade os direitos da personalidade não são propriamente direitos atribuídos a esta, pois toda pessoa, desde que nasça com vida, é dotada de personalidade.

Nesse sentido é o artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁸⁶

Portanto, é errôneo falar que o ordenamento jurídico acrescenta direitos à personalidade, pois esta já possui tais direitos, sendo apenas reconhecidos.

É esse o entendimento de Caio Mário, no qual, a personalidade “não constitui ‘direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela porém, irradiam-se direitos sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”⁸⁷

⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004, p. 1613.

⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil**: Parte Geral, v.1, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.148.

⁸⁶ BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 03.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Dessa forma, os direitos da personalidade transcendem ao direito positivo. São, portanto, inerentes à condição humana e, portanto, não podem ser limitados.

Em nosso ordenamento jurídico, os direitos da personalidade foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 em primeira instância com adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental da República Federativa do Brasil⁸⁸ e nos seus artigos seguintes definindo os direitos da personalidade, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁸⁹

Assim, os direitos da personalidade são também irrenunciáveis, intransmissíveis e, em regra, não podem sofrer limitações voluntárias⁹⁰, devendo ser indenizados em caso de violação. Nesse sentido é o julgado abaixo:

Para a caracterização do dano moral, é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo. Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa humana e caracterizam-se por serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não sofrerem limitação voluntária, salvo restritas exceções legais (art. 11, CC/2002). A título de exemplificação, são direitos da personalidade aqueles referentes à imagem, ao nome, à honra, à integridade física e psicológica.⁹¹

⁸⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 07)

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 03.

⁹⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 07)

⁹¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CANCELAMENTO DE VOO - AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA AOS PASSAGEIROS - DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MAJORAÇÃO INDEVIDA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0024.08.069982-0/001. Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha. J. 04.03.2010; pub. 23.03.2010.

Desta feita, interessante realizar o estudo individual dos direitos avançados em nossa Carta Constitucional.

A intimidade é aquele direito que busca proteger as informações pessoais da pessoa, não a expondo a sociedade de forma descompromissada. Para Pontes de Miranda o direito à intimidade é entendido “como aquele que busca defender as pessoas dos olhares alheios e da interferência na sua esfera íntima, por meio de espionagem e divulgação de fatos obtidos ilicitamente”⁹².

Portanto, o direito à intimidade é, de certa forma, conflitante com o direito à informação pela imprensa. A intenção de trazer à sociedade o máximo possível de informações à respeito de certo acontecimento deve ser cerceado. Assim, se caso tais direitos constitucionais entrem em colisão, deve-se utilizar a ponderação de modo a calcular as benesses e problemas causados quando um ou outro direito sobressair no caso concreto⁹³. Neste sentido é a jurisprudência abaixo transcrita:

Cumpra registrar inicialmente que a Constituição da República garante o direito de acesso à informação e por consectário lógico o direito de comunicação independentemente de censura ou licença, (art. 5º, IX, XIV e 220, parágrafos 1º e 2º). Todavia, a constituição também garante nos incisos V e X do artigo 5º, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem de da honra das pessoas, assegurando, ainda, o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Assim, em princípio a previsão dos direitos à informação, comunicação e liberdade de expressão de um lado e dos atributos da personalidade tais como a intimidade, honra e imagem de outro, pode ensejar uma colisão entre os direitos fundamentais e, por conseguinte, a necessidade de ponderação entre eles, sempre em observância ao princípio da unidade constitucional, a fim de ser sempre mantida a harmonia do sistema.⁹⁴

Já o direito à vida privada acaba por se configurar preceituado no Artigo 21 do Código Civil, *in verbis*: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".⁹⁵.

⁹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 124, disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>, acessado em 20.10.10 às 23:00 horas..

⁹³ Para a resolução do conflito entre regras (tratando-se de direitos fundamentais, a exemplo de nossa análise), deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, subdividido em três subprincípios enquanto técnica de desempate: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. (AZEVEDO. Eder Marques. **Notas de sala de aula**. Minas Gerais: FIC, 2010).

⁹⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0427.07.003745-7/001. Rel. Des. Selma Marques. J. 30.06.2010; pub. 13.07.2010.

⁹⁵ BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 07.

Portanto, enquanto de um lado o direito à intimidade busca a proteção da pessoa na esfera subjetiva, pensamentos, desejos, convicções, do outro lado, a proteção à vida privada significa resguardar a sua independência para tomar suas decisões em sua vida.

Dessa forma, José Afonso da Silva diferencia tais direitos:

[...] a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender. Relata a Carta Magna, ao proteger a vida privada, se refere à vida interior, como conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida e não à vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas.⁹⁶

Ainda, no que diz respeito ao direito a honra, este é estritamente correlacionado à dignidade da pessoa humana, no qual podemos dizer que uma ofensa à honra seria também uma lesão a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, a honra leva em consideração a boa fama e se relaciona diretamente com a sociedade, onde esta se constrói. Sua lesão, portanto, ocorreria, principalmente, em casos de difamação ou calúnia, caso que a pessoa teria lesava sua fama para com as pessoas a sua volta.

Não se confunde, portanto, a honra com a imagem. Enquanto a honra é a proteção ao caráter subjetivo do indivíduo, a imagem é a proteção a divulgação física da pessoa. Não se pode, assim, divulgar, fotos, vídeos ou outras coisas do gênero de determinada pessoa, sem a autorização desta.

Desta feita, o direito à informação pode ser limitado face ao direito à imagem. Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência abaixo:

AÇÃO CAUTELAR - VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES - IMPRENSA - ABUSO - DEPRECIAÇÃO DA IMAGEM - LIMINAR CONCEDIDA. Em caso de violação ao direito à imagem, o direito à informação, constitucionalmente previsto, deve ser limitado.⁹⁷

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 188.

⁹⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO CAUTELAR - VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES - IMPRENSA - ABUSO - DEPRECIAÇÃO DA IMAGEM - LIMINAR CONCEDIDA, 15ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0145.09.536124-5/001. Rel. Des. Tiago Pinto. J. 08.10.2009; pub. 29.10.2009.

Por certo, todos os direitos constitucionalmente implantados, têm fundamental importância para nosso ordenamento jurídico, não havendo hierarquia entre preceitos, assim estes devem conviver um com os outros de forma harmônica. No entanto, se algum conflito surgir, o direito deve ser aplicado ao caso, adotando critérios de ponderação e harmonização. Assim, se uma determinada conduta violar algum direito da personalidade, o dano causado deverá ser indenizado com fulcro na dignidade da pessoa humana.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico atual. É assim um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e está embasada na Constituição Federal em seu artigo 1º, III:

Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;⁹⁸

No entanto, a positivação da dignidade da pessoa humana tem caráter histórico, se espalhando entre as constituições de diversas nações no mundo após os horrores da 2ª guerra mundial. Em 1948 fora criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual busca proteger a pessoa humana.

Assim, em seu primeiro artigo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe tal princípio elencado: “Art. 1º- Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros em espírito de fraternidade.”⁹⁹

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 02.

⁹⁹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acessado em 21.10.2010 às 00:44.

Assim, o nosso ordenamento jurídico adotou em sua lei máxima, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e Estado democrático de direito, desta feita, significa dizer que há o reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário.

No entendimento de Alexandre de Moraes,

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁰⁰

Após deveras considerações, não podemos nos furtar da análise aos principais componentes do princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são: a igualdade, a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade.

Em primeira instância, em abordagem ao princípio da igualdade, podemos distinguir as duas modalidades de igualdade existentes. Sendo a primeira, tendo origens na Revolução Francesa, aquela que busca a igualdade no plano formal, assegurando a todos igualdade perante a lei.

Já a segunda modalidade, também conhecida por igualdade substancial, busca tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. É assim o entendimento de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, conforme se verifica abaixo:

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, suprimindo as carências físicas, intelectuais, econômicas ou sociais dos menos favorecidos, no sentido de oferecer-lhes igualdade de oportunidades é o caminho para a obtenção da igualdade substancial eis que, a deixar-se à igualdade formal e ao mercado regular tais relações seria um caminho, isto sim, ao aumento do poder do mais forte sobre o mais fraco.¹⁰¹

A igualdade está disposta na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, sendo considerada objetivo fundamental de nossa República, *in verbis*: "Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III -

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2005, página .128.

¹⁰¹ LOUZADA BERNADO, Wesley de Oliveira. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil**: Breves reflexões. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acessado em 21/10/2010 às 01:20 horas.

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".¹⁰²

O que se nota é que a dignidade da pessoa humana tem estreita relação com o princípio da igualdade, buscando ambos erradicar as desigualdades, tanto sociais como legais. Assim, para Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais.¹⁰³

Outro elemento do princípio da dignidade da pessoa humana é a liberdade. A liberdade sempre se confundiu com a autonomia da vontade, podendo o indivíduo fazer tudo aquilo que não fosse proibido, dando a impressão de um direito absoluto. Assim, o Estado não poderia intervir em relações particulares agindo apenas como mero garantidor de normas.

Atualmente, o princípio da liberdade se distânciava um pouco do conceito ora exposto, buscando conceder liberdade à pessoa, entretanto, limitando ao seu exercício em detrimento do direito a liberdade do outro.

Assim, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo entende:

Modernamente, entretanto, os conceitos (anterior e atual) se distanciam e mostram-se bem delimitados. O exercício da liberdade não se fundará em um suposto caráter absoluto do direito subjetivo, mas encontrará limites ao seu exercício, limites esses fundados em direitos, liberdades e garantias alheios.¹⁰⁴

O terceiro elemento é a garantia da integridade psicofísica e se configura pela proteção a pessoa em sua integridade física e psicológica, buscando o bem estar desta e garantindo os direitos da personalidade.

Tal princípio assegura a inviolabilidade do corpo e da mente da pessoa humana, e segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 02.

¹⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.86.

¹⁰⁴ LOUZADA BERNADO. Wesley de Oliveira. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: Breves reflexões**. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acessado em 21/10/2010 às 01:20 horas.

[...] devem considerar-se como violações ao princípio da integridade psicofísica, além dos chamados danos corporais, os danos causados à imagem, à honra, à privacidade, entre, outros, que consubstanciam a categoria dos danos psíquicos - a estes podem ainda ser reconduzidos o dano pela perda de ente querido, o assédio sexual, o assédio moral, a morte de um animal de estimação, o diagnóstico errôneo, etc.¹⁰⁵

A garantia à integridade psicofísica esta resguardada em nossa Constituição em seu artigo 5º, Inciso III: "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante".¹⁰⁶

Por fim, o último elemento constituinte da dignidade da pessoa humana é a solidariedade social. Notadamente, o homem é um ser social, e precisa se socializar para sua existência.

Pensando assim, tal princípio busca garantir o convívio sadio do homem com o meio social, buscando bases no princípio da igualdade para estabelecer uma sociedade mais harmônica e pacífica.

Nossa Carta Constitucional adotou tal princípio ao estabelecer no Artigo 3º, Incisos I e III, conforme se observa:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.¹⁰⁷

Dessa forma, nosso ordenamento jurídico buscou proporcionar a melhor distribuição de renda de modo a proporcionar condições satisfatórias de vida para a pessoa humana, de modo que, possa a sociedade evoluir humanamente.

Neste diapasão, Louzada Bernardo afirma:

A ordem jurídica não pode admitir, no estágio atual da civilização, a existência, de um grande grupo de pessoas sem as mínimas condições materiais de subsistência, despidas de alimentação, educação, saúde, habitação, dentre outros requisitos.[...] As ações neste direção devem ter o sentido de, com justiça fiscal, redistribuir a renda, evitando que qualquer

¹⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 07.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 04.

peessoa sobreviva abaixo de um nível considerado minimamente satisfatório¹⁰⁸

Desta feita, o princípio da dignidade da pessoa humana, poderia ser comparado a uma árvore, saindo dali diversos troncos e ramificações, os quais também são direitos que buscam proteger as pessoas.

Urge salientar ainda, que é também do princípio da dignidade da pessoa humana que decorrem os direitos da personalidade. Nesse sentido é o entendimento de Cláudio Ari Mello ao enfatizar que o

[...] princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é uma radical a partir do qual se formam diversas manifestações jurídicas, dentre elas a tutela da personalidade humana, categoria jurídica através da qual se revelam as mais expressivas facetas da subjetividade do homem. Se, de uma perspectiva, o princípio da dignidade possui uma dimensão objetiva, a partir da qual se podem extrair valores éticos e princípios jurídicos que devem reger a vida em sociedade, de outra ele possui também uma dimensão subjetiva que permite que dele sejam extraídos direitos subjetivos destinados a proteger juridicamente aspectos da pessoa humana, dentre os quais se encontram os direitos da personalidade.¹⁰⁹

Nesse mesmo diapasão, Alexandre de Moraes entende: “O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica Federativa do Brasil”.¹¹⁰

De tal forma concluímos que, se para ocorrer a lesão moral deve-se primeiramente atingir os direitos inerentes a personalidade da vítima, portanto, *a priori* é atingido o principio da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido o entendimento da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao enfatizar:

Assim no moderno entendimento doutrinário, superando a concepção negativa de dano moral, ou seja, aquele que não é material, e até mesmo a positiva, identificando-o como a dor, vexame, sofrimento ou humilhação ou qualquer outra violência que atinja o sentimento íntimo da pessoa, vem entendendo-se à luz da Constituição Federal que dano moral é a violação

¹⁰⁸ LOUZADA BERNADO. Wesley de Oliveira. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: Breves reflexões.** Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acessado em 21/10/2010 às 01:20 horas.

¹⁰⁹ Cláudio Ari Mello. **O novo Código Civil e a Constituição.** 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 91.¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2005, página .129.

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2005, página .129.

ao do direito da dignidade em suas inúmeras manifestações. Isto porque "a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à imagem, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade estão englobados no direito da dignidade, verdadeiro fundamento e essência da cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana."¹¹¹

Neste pensamento, sendo a lesão moral ligada diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, afasta-se de uma vez por todas as teorias negativa e positiva do dano moral, sendo que, a primeira se refere ao dano moral como tudo aquilo que não é material e a segunda ligada aos sentimentos subjetivos dolorosos. Assim, pode haver situações em que ocorram tais situações dolorosas e mesmo assim, não caibam a indenização por danos morais.

Neste diapasão, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho afirmam:

Nessa perspectiva o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Para que haja a identificação do dano moral é imperativo que haja ofensa à dignidade da pessoa humana. É por essa razão que pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação do princípio da dignidade. Dor, vexame e humilhação podem ser conseqüências e não causas.¹¹²

Desta forma, passamos ao estudo do afeto como sentimento essencial na sociedade atual, principalmente nas relações familiares e sua relação com o direito positivo.

2.3 A afetividade e o direito: A extensão da liberdade no Estado Democrático de Direito

Ao final do tópico anterior, distinguimos a dignidade da pessoa humana dos sentimentos psíquicos de afeto e sofrimento. De modo a reforçar tal entendimento passaremos ao estudo da afetividade e do direito.

¹¹¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0427.07.003745-7/001. Rel. Des. Selma Marques. J. 30.06.2010; pub. 13.07.2010.

¹¹² MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio *apud* BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0427.07.003745-7/001. Rel. Des. Selma Marques. J. 30.06.2010; pub. 13.07.2010.

Ao que se refere à afetividade, podemos entender que este se constitui na força construída na subjetividade de cada pessoa em razão de fenômenos emotivos gerados pelas diversas situações cotidianas que tal pessoa possa vivenciar.

Neste mesmo rumo é o conceito trazido por Freitas Magalhães:

Em psicologia, o termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. Tem por constituinte fundamental um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis. É também, o estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outro ser ou objetos. Pode também ser considerado o laço criado entre humanos, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de "amizade" mais aprofundada¹¹³

Portanto, o afeto nada mais é que um conjunto de sentimentos que nasce das situações mais corriqueiras e que criam uma força subjetiva que mantém as pessoas próximas.

Sendo assim, o direito dá proteção especial ao incentivá-lo, através do princípio da solidariedade social, tentando proporcionar a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Além disso, o afeto é o principal precursor das relações familiares. Nesse sentido, Silvana Maria Carbonera refere-se à afetividade nas relações de família, dizendo que o afeto é "tomado como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto a outra pessoa ou pessoas".¹¹⁴

Assim, Maria Berenice Dias refere-se ao afeto ao discursar sobre a entidade familiar: "Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana".¹¹⁵

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro buscou incentivar as relações familiares em seu texto constitucional, a constituindo como base da nossa sociedade

¹¹³ MAGALHÃES, Freitas. **Expressão facial**: o efeito do sorriso na percepção psicológica da afetividade. 30.09.2004. Disponível em <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/453/1/276-284FCHS04-19.pdf>, acesso em 21 de outubro de 2010.

¹¹⁴ CARBONERA, Silvana Maria. *apud* FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.286.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66.

atual, *in verbis*: "Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"¹¹⁶.

No entanto, sendo a afetividade um aspecto subjetivo interligado à personalidade, existe a premissa de que trata-se de instância humana facultativa, e por força do princípio da liberdade, ninguém poderá ser induzido a ter afeto por alguém.

Assim, Sérgio Rezende de Barros entende que "o afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam, [...] o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um ao outro."¹¹⁷

Desta forma, podemos inicialmente notar a relação meramente de incentivo do direito para com a afetividade, em que o direito busca estimular a afetividade de modo a proporcionar uma sociedade melhor com bases na família.

De modo diferente não poderia ocorrer, já que o direito não poderia tutelar o afeto por ser este um estimo moral subjetivo.

Certo é que o direito positivo age no campo externo tutelando os direitos e deveres das pessoas e trazendo conseqüências em forma de sanção para caso de descumprimento legal. Sanção esta que obrigatoriamente deve ser no campo externo, já que é constitucionalmente vedado, toda sanção que empregue qualquer de tipo tortura.

Lado outro, a afetividade é um valor moral, o qual se desenvolve no campo interno do ser humano gerando impulsos e vontades subjetivas.

Dessa forma, visualizamos nítida diferenciação entrem o direito e o afeto, o campo externo e o interno, de modo que, apesar de estes se relacionarem, garantindo o direito ao afeto, não deve o direito tutelar sobre sentimentos, pois estes operam no campo interior da pessoa humana.

Nesse sentido é o voto do Ministro Fernando Gonçalves, em recurso em que se pleiteava danos morais por abandono afetivo:

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.¹¹⁸

¹¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, p. 30.

¹¹⁷BARROS, Sérgio Resende de. **A Tutela Constitucional do Afeto**.In: V congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte/MG. Família e Dignidade Humana. Anais. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=5&anais>. Acesso em: 24 de maio de 2010 às 15:00 horas.

Entendemos, ainda, que o sentimento de afeto vai muito além de uma decisão tomada, seja pelo direito ou sequer pela própria pessoa. Sentimentos nascem do inconsciente humano, não se escolhendo o ato de amar e deixar de amar. Portanto, não importa ao direito tutelar tal matéria, pois o seu não exercício não pode ser considerado um ato ilícito e, conseqüentemente não será cabível indenização, conforme se vislumbra do julgado abaixo:

[...] O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil [...] ¹¹⁹.

Por certo, a liberdade é um direito fundamental, não podendo ser reprimida em nosso Estado Democrático de Direito sendo que a concessão de danos morais em situações de foro afetivo, conseqüentemente estará inferindo em danos a liberdade de escolha da pessoa humana e acabando por violar tal princípio constitucional.

¹¹⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO - DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 4ª turma, RESP 757.411 - MG 2005/0085464-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.11.2005, pub 29.11.2005.

¹¹⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 27.11.2008, pub. 09.01.2009.

CAPÍTULO III - O DANO MORAL E O MÉRITO DA AFETIVIDADE

3.1 A banalização do dano moral e a segurança jurídica

A segurança jurídica está intimamente vinculada ao Estado Democrático de Direito ao qual vivemos. É inconcebível vivermos em um Estado sem termos previsibilidade do resultado de nossas ações da vida civil diante do mundo jurídico.

Assim, o princípio da segurança jurídica apresenta relação com a própria aplicação da justiça, sendo fundamento inerente ao nosso ordenamento jurídico, possuindo conexão direta com diversos direitos essenciais como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.¹²⁰

Miguel Reale ao discursar sobre a obrigatoriedade do direito afirma que,

[...] a ideia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético [...] em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.¹²¹

Desta forma, a obrigatoriedade da tutela jurisdicional completa o sentido da necessidade de segurança jurídica em nosso Estado Democrático de Direito. Assim, Carlos Aurélio Mota de Souza entende que "a lei é garantia de estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, a priori, conceito finalístico da lei".¹²²

¹²⁰ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**. (DL. 4.657/42), disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>, acessado em 24 de outubro de 2010 às 13:47 horas.)

¹²¹ REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**. São Paulo. Saraiva, 1996, pag. 75.

¹²² SOUZA, Carlos Aurélio de. **Segurança jurídica e jurisprudência em um enfoque filosófico jurídico**, São Paulo: LTR, 1996, pág. 128.

Por derradeiro, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, discorrem sobre segurança jurídica: “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”.¹²³

No entanto, a subjetividade do dano moral é característica de sua imaterialidade, tornando extremamente difícil sua previsibilidade no mundo jurídico.

Para complicar ainda mais, ocorre atualmente a chama indústria do dano moral, em que o Judiciário recebe todos os dias inúmeros casos de ações pleiteando danos morais de pessoas que supostamente sofreram uma decepção ou um desgosto, vendo no Judiciário uma forma de reparação de sua insatisfação.

Por certo, o que ocorre, na realidade, é a banalização do instituto do dano moral. A grande maioria de tais ações impetradas no Poder Judiciário requerendo danos morais são advindas de meros aborrecimentos, ou do estímulo da oportunidade de obter vantagens financeiras com tal pedido, o que por conseqüência acaba por gerar excessiva insegurança jurídica nas pessoas para exercer os atos da vida civil.

Na realidade, na vida em uma sociedade tão complexa como a nossa, podem ocorrer inúmeras situações diariamente constrangíveis, gerando reiterados sentimentos de frustração. No entanto, cabe ao ser humano o bom senso de definir quais dessas situações realmente causaram lesões passíveis de indenização e quais situações são meramente aborrecimentos gerados por situações do nosso dia a dia.

Neste sentido, Décio Antônio Erpeu assevera:

Há que se definir, pois, o que seja tolerável e o que seja indenizável, para valorizar-se qualitativamente a atividade judicante e não esvaziá-la de seus mais nobres e profundos objetivos, [...] Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente, a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para gerar mais uma espécie de desagregação social.¹²⁴

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 533.

¹²⁴ ERPEU, Décio Antônio. *apud* BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NOTITIA CRIMINIS - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS - MEROS ABORRECIMENTOS NÃO INDENIZÁVEIS. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0592.05.003117-4/001. 16ª Câmara Civil. Rel. Des. Otávio Portes. j. 17.12.2008, p. 30.01.2009.

Como muitas das vezes as pessoas não fazem tal diferenciação entre meros aborrecimentos e situações fáticas realmente ensejadoras de indenização, cabe ao Judiciário analisar o caso em concreto de modo a não incentivar a banalização do dano moral.

Assim a jurisprudência abaixo informa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - MEDIDA DE PROTEÇÃO - CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO - BLOQUEIO DO CARTÃO CLONADO - FALTA DE COMUNICAÇÃO - TEMPO HÁBIL - MERO DISSABOR - DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO.- Somente configura dano moral a dor, o constrangimento e a humilhação intensos e que fujam à normalidade, interferindo de forma decisiva no comportamento psicológico do indivíduo. Nesse sentido, mero dissabor não é objeto de tutela pela ordem jurídica. Do contrário, estaríamos diante da banalização do instituto da reparabilidade do dano extrapatrimonial, que teria como resultado prático uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário, impulsionada pela possibilidade de locupletamento às custas dos aborrecimentos do cotidiano.[...] Dessa forma, tal situação, por si só, não configura abalo à honra subjetiva ou à dignidade da recorrente, devendo-se observar que os dissabores e contratemplos por ela vivenciados são inerentes à vida social e se situam dentro dos limites do razoável, do tolerável pelo homem médio.¹²⁵

Podemos observar da jurisprudência acima o justo entendimento de não concessão de danos morais em casos de meros aborrecimentos. Tal medida deve ser aplicada de modo a inibir a prática de utilizar o poder judiciário como meio de enriquecimento. Assim também é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

O dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazer parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.¹²⁶

¹²⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - MEDIDA DE PROTEÇÃO - CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO - BLOQUEIO DO CARTÃO CLONADO - FALTA DE COMUNICAÇÃO - TEMPO HÁBIL - MERO DISSABOR - DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0194.08.089808-4/001. 18ª Câmara Civil. Rel. Des. Elpídio Donizetti. j. 04.08.2009, p. 03.09.2009.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 9 ed. São Paulo: Atlas, p. 79

De modo a evitar a propagação de tamanha banalização do dano moral, “é do Judiciário a tarefa de desestimular a banalização do dano moral, reservando a aplicação deste instituto a situações de real interesse e que ultrapassem o simples desconforto”¹²⁷

Desta feita, o Judiciário tende a coibir a prática de tais situações adotando métodos como o de sentenciar com valores menores, desestimulando o impetramento de ações banais, ou ainda, uniformizando jurisprudências, o que por certo além de conter as ações decorridas de meros aborrecimentos, gerariam maior segurança jurídica para com o tema, e por fim, aplicar a penalização de litigância de má fé, impondo multas quando evidentes tais situações.

Este é o caso, por exemplo, que relata o juiz de direito Carlos Zamith de Oliveira Junior ao se deparar com uma situação em que o autor pleiteava danos morais de forma indevida. Segundo ele, alegou o autor que foi barrado pela cancela eletrônica em um estacionamento, não sendo aceito o seu cartão eletrônico, e que, durante o tempo que este esteve efetuando o citado pagamento do estacionamento, vários carros buzinaaram para este, o que lhe provocou imenso desconforto. O relato do juiz ainda continua, citando o desfecho, que tal ação foi julgada por ele improcedente e ainda, como meio de coibir tais práticas, foi aplicado ao autor multa de 1% do valor da causa por litigância de má fé e ainda o pagamento de honorários advocatícios de 10% para os advogados das empresas constantes no polo passivo, o que lhe gerou a penalidade no total de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).¹²⁸

No mais, a banalização do dano moral, nos dias de hoje, está de tal forma generalizada que acaba por atingir a entidade familiar. Casos como o de filhos que pedem indenização de pais por abandono afetivo ou como o de casais ao romperem seus relacionamentos e se sentem ofendidos ao ponto de procurar o Poder

¹²⁷ BRASIL. **Tribunal De Justiça De Santa Catarina**. APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. ESCRIVÃO DE PAZ. APOSENTADORIA EM 19.1.1989. PRETENSÃO À MANUTENÇÃO DO VALOR DOS PROVENTOS NO CORRESPONDENTE EM SALÁRIOS MÍNIMOS. INVIABILIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DANO MORAL INEXISTENTE. PRETENSÃO REPARATÓRIA AFASTADA. DEVER DO JUIZ DE EVITAR A PROPALAÇÃO DE "DEMANDAS FRÍVOLAS" (ANDERSON SCHREIBER) OU NO SURGIMENTO DE "UM MUNDO DE NÃO-ME-TOQUES" (FÁBIO ULHOA COELHO). RECURSO DESPROVIDO. Apelação Cível: AC 106100 SC 2008.010610-0. 4ª câmara de direito publico. Rel. Jânio Machado. j. 20.08.2009, pub. 28.08.2009

¹²⁸ ZAMITH JÚNIOR, Carlos. **Um caso de banalização do dano moral**. 21.02.2009. Disponível em <http://www.diariodeumjuiz.com/?p=1609>, acessado em 24.10.2010 as 04:15 horas.

Judiciário para requerem uma contraprestação que apague suas dores, estão cada vez mais comuns.¹²⁹

Dessa forma, cabe ao Judiciário a luta para coibir práticas como esta, que estão cada vez mais frequentes nos dias de hoje. Somente com atitudes por parte do Poder Judiciário, de um lado desestimulando a banalização do dano moral e por outro lado, uniformizando jurisprudências e entendimentos, é que em nosso Estado Democrático de Direito teremos a segurança jurídica promovida.

3.2 A afetividade como parâmetro de estabelecimento de danos morais

Como dito no tópico anterior, o instituto do dano moral, impulsionado por essa onda de ações em busca de vantagens monetárias, a qual chamamos de indústria do dano moral, acaba por invadir as relações de família.

No entanto, ainda não é pacífico o entendimento sobre possibilidade da concepção e estabelecimento destes nas relações afetivas e de foro familiar.

Por certo o tema proposto é de extrema complexidade, pois relações familiares são sempre de difícil solução, causando indagações a cerca da possibilidade da configuração dos danos morais em decorrência da dor sentimental e da frustração de expectativas em relação ao outro.

Necessário exemplificar um caso de propositura de tal natureza, onde um filho fora criado com o afeto de seus pais até a idade de seis anos. Porém, após isso o pai contraiu novo relacionamento do qual adveio uma filha. A partir daí houve total desprezo pelo filho do relacionamento rompido. Tal ação fora negada provimento em primeira instância. No entanto, reformulada em segundo grau, pela Sétima Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, tendo a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL –
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA
AFETIVIDADE

¹²⁹ Para se verificar exemplos de jurisprudências nesse sentido, vide o Tópico seguinte (3.2).

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.¹³⁰

Observa-se no caso em apreço o reconhecimento dos danos morais provenientes da afetividade decorrente de foro familiar, tendo como base, a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do nosso Estado de Direito e da qual decorre os direitos da personalidade.

No mesmo recurso o Des. Unias Silva, proferiu o seguinte entendimento:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, (...) magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que é profundamente grave.

[...]

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

[...]

Encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexa causal entre ambos.¹³¹

Podemos extrair da jurisprudência supra o embasamento que além do dever de alimentos (material), os pais seriam obrigados a lhes dar o cuidado moral, com carinho e amor.

No entanto, fica a indagação se o direito pode realmente obrigar um pai a amar um filho, ou, em uma outra situação, se pode obrigar um relacionamento perdurar-se apenas porque uma das partes ainda vive um sentimento não correspondido.

¹³⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 7ª câmara cível. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5, Rel. Des. Unias Silva, j. 01.04.2004, pub. 29.04.2004.

¹³¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 7ª câmara cível. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5, Rel. Des. Unias Silva, j. 01.04.2004, pub. 29.04.2004.

Complementando o caso acima exposto, o mesmo teve recurso impetrado no Superior Tribunal de Justiça, o qual, desta vez, decidiu contrariamente à segunda instância. Oportuno este entendimento, o qual utilizaremos no presente trabalho como **marco teórico**, que assevera:

RESPONSABILIDADE.CIVIL.ABANDONO.MORAL.REPARAÇÃO.DANOS
MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

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.

Recurso especial conhecido e provido.¹³² (grifo nosso)

Muito embora a jurisprudência em comento faça menção ao Código Civil de 1916, no tocante a interpretação do art. 159, esse mesmo dispositivo, fora em sua essência, recepcionado pelo Código Civil de 2002 em seu art. 186.¹³³

Vê-se aí a intensa discussão que se forma sobre a situação da afetividade como dano moral. De um lado os que defendem a ideia que são indenizáveis os danos morais decorrentes de relações afetivas, se baseiam na ideia que "a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória"¹³⁴.

E de outro lado, o fundamento para negação da indenização em casos decorrentes de relações afetivas, tem como argumento:

[...] o fato de que a concessão de indenização em casos como esses representa excessivo alargamento do conceito de danos indenizáveis, e acabam por incentivar a monetarização do afeto. Além disso, não faria com que o pai, arrependido, buscasse a reaproximação com o filho.¹³⁵

¹³² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE. 4ª turma, RESP 757.411 - MG 2005/0085464-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.11.2005, pub 29.11.2005.

¹³³ "Art. 159, Código Civil/1916: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (BRASIL, Lei. n. 3.071 (1916), Código Civil. Brasília, DF: disponível em <http://www.dji.com.br/codigos/1916_lei_003071_cc/cc0159a0160.htm>, acesso em 24 de outubro de 2010). Tal preceito fora recepcionado pelo "Art. 186, Código Civil/2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 17).

¹³⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil, **Indenização por Abandono Afetivo**, ADV Seleções Jurídicas, São Paulo, n. 2, fev, 2005, p. 45.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 46.

Temos ainda os que defendem que escapa ao arbítrio do Judiciário tutelar sobre os sentimentos afetivos. Neste sentido é o voto do Exmo. Ministro Fernando Gonçalves em recurso no Superior Tribunal de Justiça, o qual asseverou:

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.¹³⁶

Não se está aqui negando que em casos como estes há dor, frustração, e todo tipo mais de sentimentos de tristeza. No entanto, como já dito anteriormente, pode existir perfeitamente tais sentimentos sem que ocorra o ato ilícito, ou a lesão aos direitos da personalidade.

Mesmo que exista previsão de que os pais devem criar seus filhos e tê-los em sua companhia e guarda, dando-lhes inclusive educação, o direito já tutela casos de descumprimento deste preceito, e não o é com a indenização por danos morais.¹³⁷

Em caso de abandono familiar, em que os pais faltarem com seus deveres para com os filhos, a lei estabelece que poderá haver a perda do poder familiar. Assim o Artigo 1637 do nosso Código Civil preceitua:

Art. 1.637 - Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.¹³⁸

É este o mesmo entendimento do Ministro Aldir Passarinho Junior, o qual o expôs em sede de recurso especial:

Entendo que essa questão, embora dolorosa nas relações entre pais e filhos, marido e mulher, nas relações de família em geral, resolve-se no campo do Direito de Família, exclusivamente. No caso, existe previsão no art. 384, inciso I, quanto à obrigação dos pais de dirigir a criação e

¹³⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE. 4ª turma, RESP 757.411 - MG 2005/0085464-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.11.2005, pub 29.11.2005.

¹³⁷ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda. (BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 117).

¹³⁸ BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002, p. 118.

educação dos filhos e tê-los em sua guarda e companhia. Mas os arts. 394 e 395 prevêem exatamente a situação em que, não cumprindo os pais essa obrigação, poderá ocorrer a perda do pátrio poder a pedido do Ministério Público ou de algum parente.¹³⁹

Portanto, há o entendimento que a lide em relações afetivas, de foro familiar, deve ser discutida apenas no campo do Direito de Família, tendo como única repercussão no campo material para o pai que abandona o filho, os alimentos que devem ser pagos, e, no campo extrapatrimonial, a destruição do poder familiar.

Ainda, as mais balizadas jurisprudências têm acompanhado tal entendimento:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO- DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexa causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.¹⁴⁰

O abandono afetivo atém-se à esfera moral, e o direito positivo não poderá jamais imputar penalidades em razão da falta de sentimentos.

Podemos observar ainda, a imperatividade da jurisprudência supra, a qual deixa sem sombra de dúvidas a afetividade de fora da análise do direito, frisando que o dano moral não advém de aborrecimentos do cotidiano decorrentes de expectativas frustradas.

Existe ainda o entendimento que no ordenamento jurídico não há qualquer previsão de dever de amar, não podendo ter como parâmetros tais situações para caracterização de danos morais, conforme se extrai claramente da decisão abaixo transcrita:

¹³⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE. 4ª turma, RESP 757.411 - MG 2005/0085464-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.11.2005, pub 29.11.2005.

¹⁴⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, 12ª Câmara Cível, ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO- DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL – INEXISTÊNCIA. Apelação Cível nº 1.0145.05.219641-0/001, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 06.12.2006, pub. 15.12.2006.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE (EXAME DE DNA) - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - NECESSIDADE PREMENTE - AUSÊNCIA DESTA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O abandono afetivo do pai em relação ao filho não enseja o direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor. Logo, não há responsabilidade civil, pretérita ou atual, do pai em relação ao filho, face à ausência de conduta ilícita ou antijurídica daquele, e devido à ausência de nexo causal entre a conduta dele e o alegado dano, pois não há que se falar em conduta antijurídica, ou em omissão dolosa (...) NEGARAM PROVIMENTO.¹⁴¹

Assim, se não há previsão legal para o dever de afeto, o seu não exercício não constitui ato ilícito, o que é, conforme já explanado, pressuposto essencial para configuração de danos indenizáveis. Assim a Jurisprudência abaixo explica:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. NEGARAM PROVIMENTO.¹⁴²

Entendimento esse acompanhado por outras decisões em casos semelhantes. O afeto não comporta uma faculdade, pois não decorre da vontade e sim do subconsciente, não havendo base para que o direito regule matéria de cunho moral. Portanto, não deve constituir ato ilícito o seu não exercício, conforme se vislumbra no julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em

¹⁴¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE (EXAME DE DNA) - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - NECESSIDADE PREMENTE - AUSÊNCIA DESTA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 25.09.2007, pub. 09.10.2007.

¹⁴² BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.07.790961-2/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 11.02.2009, pub. 16.03.2009.

dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil. NEGARAM PROVIMENTO¹⁴³.

Mesmo que haja rompimento inesperado da relação afetiva por uma das partes, a frustração de expectativas de afeto em relação a outrem, não constitui ato ilícito, não podendo, tal situação, ser indenizável, essencialmente por não constituir ato gerador de danos morais, conforme a jurisprudência:

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ROMPIMENTO PREMATURO DO VÍNCULO CONJUGAL - SITUAÇÃO VEXATÓRIA NÃO CARACTERIZADA - SEPARAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. Ainda que do rompimento de uma relação afetiva resultem transtornos de ordem psíquica, para quem viu desfeitos os seus sonhos de felicidade, provocando dor e angústia, não se pode considerar a decepção amorosa, advinda de uma separação judicial, como fundamento do dano moral indenizável. Ao Julgador cabe distinguir as diferentes situações que a vida apresenta, a fim de não reduzir a dinheiro todas as dores advindas do término de uma relação conjugal, devendo discernir os casos extremos, como por exemplo, a pública difamação, a injúria grave, as sevícias, as lesões corporais e outras (...) Não há se cogitar de indenização, até porque, ao manifestar sua intenção de colocar um fim à relação matrimonial, ele agiu no exercício regular de um direito seu, o que afasta a ilicitude do ato praticado (CC, art. 188, I).¹⁴⁴

Mesmo em relações de foro familiar que haja justa expectativa de afeto prolongado, como no caso de noivados, em que os noivos se comprometem a casar, jamais o direito poderá julgar eventual rompimento, sendo este inteiramente subjetivo e decorrente do exercício regular de um direito reconhecido¹⁴⁵, sendo o único ressarcimento proveniente do rompimento, os danos materiais decorrentes dos gastos já efetuados para consolidação do casamento. Abaixo o sublime

¹⁴³ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 27.11.2008, pub. 09.01.2009.

¹⁴⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ROMPIMENTO PREMATURO DO VÍNCULO CONJUGAL - SITUAÇÃO VEXATÓRIA NÃO CARACTERIZADA - SEPARAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.03.057520-3/001, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa, j. 08.08.2006, pub. 23.09.2006.

¹⁴⁵ Vale destacar a ressalva de Tauã Lima Verdán, o qual expressa: "Essa situação se fundamenta na premissa que um direito de alguém exercido não é passível de causar lesão ou ameaça de lesão a um direito de outrem, configurando tão só ato ilícito caso seja praticado de forma abusiva ou ainda irregular. Art. 188-Não constituem atos ilícitos: I – [...] no exercício regular de um direito reconhecido" (VERDAN, Tauã Lima, **Atos Lícitos e Atos Ilícitos**, 16 de novembro de 2008. WebArtigos.com, disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/11317/1/Atos-Licitos-e-Atos-Illicitos/pagina1.html>>, acesso em 24 de maio de 2010 às 13:00 horas).

entendimento da 9ª câmara cível do Tribunal de Minas Gerais descreve precisamente o explanado:

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - COMPROMISSO DE CASAMENTO - ROMPIMENTO. 1. A ruptura do compromisso de casamento somente dá direito ao ressarcimento do dano moral quando o fato for marcado por acontecimento excepcional, que gere ofensa à honra ou a dignidade da pessoa. 2 O término de um relacionamento amoroso, ou o rompimento de um compromisso de casamento, são atos diretamente vinculados aos sentimentos do indivíduo, pelo que, não pode o Judiciário valorar se a decisão foi certa ou errada, sob pena de interferir na esfera mais íntima da pessoa. 3. Se a expectativa com realização do casamento restou frustrada por culpa exclusiva de uma das partes, que desejou cancelar o compromisso anteriormente assumido, caberá a esta assumir os prejuízos com os gastos já efetuados. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.¹⁴⁶

Outro posicionamento seria de que em casos como estes, a própria dor advinda do fim do relacionamento, já penalizaria ambos os cônjuges, não cabendo o direito punir novamente, causando ainda mais dores. Este é o posicionamento de Ana Carolina Brochado Teixeira:

O fim da conjugalidade, por si só, penaliza os cônjuges, causando-lhes dores inerentes à perda, com hipóteses de sanção previstas no regramento civil. Permitir ou incentivar a compensação de danos morais nessas relações motivaria o surgimento de demandas cujo único objetivo seria nocautear o cônjuge, através de um processo de mais sofrimento, que não proporcionaria qualquer bem ao cônjuge/companheiro “lesado” ou aos filhos daquela relação. Muito pelo contrário, seria instituída mais uma forma de digladição do ser humano, o que não é – nem de longe – almejado ou permitido pelo Direito.¹⁴⁷

Será, no entanto, devido os danos morais, se o rompimento do relacionamento ocorreu de forma excepcional gerando ofensa aos direitos da personalidade, como por exemplo, o caso de o noivo deixar a noiva à porta da igreja no dia do casamento, sem qualquer explicação, passando o vexame público e inexplicável.

Caso contrário, se tal rompimento ocorrer de forma pacífica, em local reservado, sem causar constrangimentos extremamente dolorosos, como por exemplo, com a publicidade, não há o que se cogitar em danos morais.

¹⁴⁶ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - COMPROMISSO DE CASAMENTO – ROMPIMENTO. 18ª Câmara Cível, Apelação Civil nº 1.0672.06.217929-2/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 23.09.2008, pub. 07.10.2008.

¹⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito e Família, Porto Alegre, n.32, p. 147, out./nov., 2005.

Por derradeiro, deve-se, acima de tudo, prevalecer nas relações afetivas e de foro familiar, o princípio da liberdade, pois ninguém pode ser compelido a ter um sentimento por outrem. O que se ocorresse, ai sim, seria uma verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana. Neste sentido é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Afeto, carinho, amor, atenção... São valores espirituais dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.¹⁴⁸

Desta forma, é cabível a interpretação de que a justiça tende a excluir a afetividade como parâmetro de estabelecimento de danos morais, uma vez que estes não podem e não devem ser indenizados, de um lado, face à banalização e monetarização do afeto, e de outro, em detrimento da insegurança jurídica que tal situação, caso fosse realmente indenizada, causaria.

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 76.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é um dos institutos jurídicos mais expressivos da justiça em nosso ordenamento jurídico. Por certo a lesão causada a outrem não pode ficar sem a sua devida reparação, como também, o judiciário não pode deixar de aplicar a sanção como forma coercitiva e dissuasória.

No entanto tais medidas deveram ater-se aos parâmetros exigidos na lei para caracterização da responsabilidade de indenizar.

Por certo, a negação de afeto não é considerada em nosso ordenamento jurídico como um ato ilícito, e, como já explicito neste trabalho, para a configuração da responsabilidade civil subjetiva são necessários certos pressupostos, dos quais o ato ilícito é parte.

Desta feita, a não incidência do ato ilícito, distância totalmente a possibilidade de indenização pela responsabilização civil preconizada pela teoria subjetiva.

Noutro ponto de vista, em análise as consequências que poderiam ser geradas caso houvesse a concessão de tal indenização, podemos afirmar que tal indenização não atenderia ao seu mais precioso fim, ou seja, a reparação do dano.

A indenização pela responsabilidade civil tem o condão de reparar os danos causados, de trazer à vítima a situação mais próxima possível do momento anterior a lesão. Sendo assim, a indenização concedida a um filho que se viu abandonado pelo pai por desamor, estaria realmente trazendo a este o mais próximo possível a situação anterior ao dano? Por certo que não. É perfeitamente possível visualizar que jamais uma indenização por dano moral afetivo iria voltar a aproximar as partes, ocorreria, muito pelo contrário, a separação definitiva das partes, sem lhes restar qualquer chance de reconciliação.

Tanto o dano moral, quanto o instituto da afetividade são valores subjetivos, o que, por certo, dificultam a demilitação de tais institutos para o direito. No entanto, a indenização por danos morais decorrentes da afetividade se mostra além do que o direito pode tutelar, pois o mérito afetivo tem caráter inteiramente íntimo e subjetivo da pessoa humana, nascendo muitas vezes, do subconsciente da pessoa, onde que, nem mesmo esta teria controle.

Pois se nem mesmo as pessoas têm o controle de suas emoções, seria o direito que iriam controlá-las? Por certo que isso jamais poderá ocorrer. O ser humano deve ter livre arbítrio, livre arbítrio este dado primeiramente por Deus, e atualmente assegurado em nosso ordenamento jurídico através de nossa Carta Constitucional.

Enquanto o direito age no campo externo, na sociedade, tutelando direitos, aplicando formas coercitivas externas, o mérito afetivo é algo íntimo do ser humano, e ao contrário do direito, age no campo interior da pessoa humana, em seu inconsciente, em sua alma.

Sendo assim, o mérito afetivo escapa da tutela do judiciário, não podendo tais sentimentos serem tutelados pelo direito, sob pena de infração ao princípio da liberdade trazido em nossa Constituição Federal e ao livre arbítrio, dado por Deus.

Por fim, a concessão de tal responsabilidade iria monetarizar o afeto, o que acabaria por incentivar a banalização do dano moral, gerando mais e mais ações com tal pedido, sobrecarregando o poder judiciário, criando uma verdadeira indústria do dano moral o que acabaria por gerar insegurança jurídica em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURÉLIO, Dicionário. **Dicionário do Aurélio Online**. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Afetividade>>, acesso em 24 de maio de 2010.

AZEVEDO, Eder Marques. **Notas de sala de aula**. Minas Gerais: FIC, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. **A Tutela Constitucional do Afeto**. In: V congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte/MG. Família e Dignidade Humana. Anais. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=5&anais>> Acesso em: 24 de maio de 2010.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

BOOKS, Google. **Dicionário de filosofia**, vol. 1, disponível em <http://books.google.com.br/books>, acesso em 20 de outubro de 2010.

BRASIL, Lei n. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

_____. Lei. n. 3.071 (1916), **Código Civil**. Brasília, DF: disponível em <http://www.dji.com.br/codigos/1916_lei_003071_cc/cc0159a0160.htm>, acesso em 24 de outubro de 2010.

_____. Lei n. 8785 (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>, acessado em 29 de outubro de 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto Lei 4.657 (1942). **Lei de Introdução ao Código Civil**., disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>, acessado em 24 de outubro de 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. CIVIL- PROTESTO INDEVIDO- INDENIZAÇÃO-DANO MORAIS. RESP 65127, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, J. 06.10.2005, pub. 05.12.2005.

_____. RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL –REPARAÇÃO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE. 4ª turma, RESP 757.411 - MG 2005/0085464-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.11.2005, pub 29.11.2005.

_____. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. ARBITRAMENTO NA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROTESTO INDEVIDO. INDENIZAÇÃO. REsp 205.268, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 07.06.1999, pub. 28.06.1999.

_____. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. ARBITRAMENTO NA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROTESTO INDEVIDO. INDENIZAÇÃO. REsp 205.268, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 07.06.1999, pub. 28.06.1999.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. A COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE.- Rec. Ext nº 481.110-3, Rel. Min. Celso de Melo, Dju 09.03.2007.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO- DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL – INEXISTÊNCIA. 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0145.05.219641-0/001, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 06.12.2006, pub. 15.12.2006.

_____. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. 12ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.07.790961-2/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 11.02.2009, pub. 16.03.2009.

_____. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 27.11.2008, pub. 09.01.2009.

_____. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE (EXAMÉ DE DNA) - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - NECESSIDADE PREMENTE -AUSÊNCIA DESTA - MANUTENÇÃO DA

SENTENÇA. 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 25.09.2007, pub. 09.10.2007.

_____. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 7ª câmara cível. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5, Rel. Des. Unias Silva, j. 01.04.2004, pub. 29.04.2004.

_____. INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ROMPIMENTO PREMATURO DO VÍNCULO CONJUGAL - SITUAÇÃO VEXATÓRIA NÃO CARACTERIZADA - SEPARAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.03.057520-3/001, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa, j. 08.08.2006, pub. 23.09.2006.

_____. AÇÃO CAUTELAR - VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES - IMPRENSA - ABUSO - DEPRECIAÇÃO DA IMAGEM - LIMINAR CONCEDIDA, 15ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0145.09.536124-5/001. Rel. Des. Tiago Pinto. J. 08.10.2009; pub. 29.10.2009.

_____. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0427.07.003745-7/001. Rel. Des. Selma Marques. J. 30.06.2010; pub. 13.07.2010.

_____. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - MEDIDA DE PROTEÇÃO - CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO - BLOQUEIO DO CARTÃO CLONADO - FALTA DE COMUNICAÇÃO - TEMPO HÁBIL - MERO DISSABOR - DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. 18ª Câmara Civil. Apelação cível nº 1.0194.08.089808-4/001. Rel. Des. Elpídio Donizetti. j. 04.08.2009, p. 03.09.2009.

_____. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CANCELAMENTO DE VOO - AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA AOS PASSAGEIROS - DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MAJORAÇÃO INDEVIDA, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0024.08.069982-0/001. Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha. J. 04.03.2010; pub. 23.03.2010.

_____. INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - COMPROMISSO DE CASAMENTO – ROMPIMENTO. 18ª Câmara Cível, Apelação Civil nº

1.0672.06.217929-2/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 23.09.2008, pub. 07.10.2008.

_____. PERDA DE UMA CHANCE. PROBABILIDADE REAL. SITUAÇÃO DE VANTAGEM. VIOLAÇÃO DA BOA FÉ OBJETIVA. 5ª Câmara Civil. Apelação nº 1.0024.05.700546-4/00, Rel. Des. Selma marques, j. 09.10.2008, p. 20.10.2008.

_____. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO DE CHEQUE. ATUAÇÃO DE ESTELIONATÁRIO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0390.07.016783-3/001. Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha. J. 29.05.2009; pub. 19.06.2009.

_____. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – LEGITIMIDADE ATIVA – “DANO POR RICOCHETE” – POSSIBILIDADE. Ag. Inst. 1.0024.06.201768-6/001, 17ª câmara civil. Rel. Lucas Pereira. J. 25.10.2007.

_____. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. Ap. Civ. 2.0000.00.500205-5/000, 16ª câmara civil. Rel. Brandão Teixeira. DJU, 10.11.2006.

BRASIL. Tribunal De Justiça de Santa Catarina. APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. ESCRIVÃO DE PAZ. APOSENTADORIA EM 19.1.1989. PRETENSÃO À MANUTENÇÃO DO VALOR DOS PROVENTOS NO CORRESPONDENTE EM SALÁRIOS MÍNIMOS. INVIABILIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DANO MORAL INEXISTENTE. PRETENSÃO REPARATÓRIA AFASTADA. DEVER DO JUIZ DE EVITAR A PROPALAÇÃO DE "DEMANDAS FRÍVOLAS" (ANDERSON SCHREIBER) OU NO SURGIMENTO DE "UM MUNDO DE NÃO-ME-TOQUES" (FÁBIO ULHOA COELHO). RECURSO DESPROVIDO. Apelação Cível: AC 106100 SC 2008.010610-0. 4ª câmara de direito publico. Rel. Jânio Machado. j. 20.08.2009, pub. 28.08.2009

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. DIREITO CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - RECONVENÇÃO - REPARAÇÃO DE DANO MORAL - APONTAMENTO DO NOME DO POUPADOR NO SPC - RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Apelação Civil nº AC 9702280710 ES, 1ª Turma, Rel. Des. Guilherme Couto, J. 09.93.99, pub. 14.09.99.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**, São Paulo: 1. ed. Revista dos Tribunais, 1980.

CARBONERA, Silvana Maria. *apud* FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9.^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHIRONI, **La colpa nel diritto civile odierno**, 2. Ed, Torino, Frantelli Bocca, 1903; *apud*, DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Civil: Obrigações-Responsabilidade Civil**. V.2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

DIAS, José de Aguiar *apud* LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **A Responsabilidade Civil e os Danos Indenizáveis**, 9 de setembro de 2009, Consultor Jurídico, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>>, acesso em 05 de maio de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.7, 24. ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

ERPEU. Décio Antônio. *apud* BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NOTITIA CRIMINIS - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS - MEROS ABORRECIMENTOS NÃO INDENIZÁVEIS. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0592.05.003117-4/001. 16^a Câmara Civil. Rel. Des. Otávio Portes. j. 17.12.2008, p. 30.01.2009.**

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FLAUBERT, Gustave. *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

LOUZADA BERNADO. Wesley de Oliveira. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil**: Breves reflexões. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Wesley Lousada.pdf>. Acessado em 21/10/2010.

MAGALHÃES. Freitas. **Expressão facial**: o efeito do sorriso na percepção psicológica da afetividade. 30.09.2004. Disponível em <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/453/1/276-284FCHS04-19.pdf>, acesso em 21 de outubro de 2010.

MELO, Cláudio Ari. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio *apud* BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - DIREITO PERSONALÍSSIMO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS CONFIGURADA**, 17ª Câmara Civil, Apelação nº 1.0427.07.003745-7/001. Rel. Des. Selma Marques. J. 30.06.2010; pub. 13.07.2010.

MENEZES, Rafael de. **Direito das obrigações**. 10 de novembro de 2008, disponível em <http://www.rafaeldemenezes.adv.br/direitoob/aula18.htm>, acesso em 05 de outubro de 2010.

MIRANDA, Pontes de, **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>, acessado em 20.10.10.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2005.

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

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acessado em 21.10.2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**. São Paulo. Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v. 4, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil, **Indenização por Abandono Afetivo**, ADV Seleções Jurídicas, São Paulo, n. 2, fev, 2005.

SAVATIER, **Traité de La responsabilité civile em droit français**. 2 ed. Paris, LGDJ, 1951 *apud*, DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, v.7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SOUZA, Carlos Aurélio de. **Segurança jurídica e jurisprudência em um enfoque filosófico jurídico**, São Paulo, LTR, 1996.

STOCO. Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito e Família, Porto Alegre, n.32, p. 147, out./nov., 2005.

TRABUCCHI, **Istituzioni di diritto civile**, 22 ed., Padova: CEDAM, 1977, *apud* DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, v.7, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio De Salvo, **Direito Civil: Parte Geral**, v.1, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VERDAN, Tauã Lima, **Atos Lícitos e Atos Ilícitos**, 16 de novembro de 2008. WebArtigos.com, disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/11317/1/Atos-Licitos-e-Atos-Illicitos/pagina1.html>>, acesso em 24.10.10.

ZAMITH JÚNIOR, Carlos. **Um caso de banalização do dano moral**. 21.02.2009. Disponível em <http://www.diariodeumjuiz.com/?p=1609>, acessado em 24.10.10.

ZANNONI, Eduardo, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANEXOS

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)

RELATOR : **MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**
RECORRENTE : V DE P F DE O F
ADVOGADO : JOÃO BOSCO KUMAIRA E OUTROS
RECORRIDO : A B F (MENOR)
ASSIST POR : V B F
ADVOGADO : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTROS

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votou vencido o Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 29 de novembro de 2005 (data de julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**RELATÓRIO****O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:**

Por ALEXANDRE BATISTA FORTES foi proposta ação ordinária contra VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA, seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo por ele perpetrado.

Sustenta o autor, nascido em março de 1981, que desde o divórcio de seus pais em 1987, época do nascimento da filha do recorrente com sua segunda esposa, por ele foi descuidado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Aduz não ter tido oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã, além de ignoradas todas as tentativas de aproximação do pai, quer por seu não comparecimento em ocasiões importantes, quer por sua atitude displicente, situação causadora de extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação.

O genitor, a seu turno, esclarece ser a demanda resultado do inconformismo da mãe do recorrente com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretende a redução da verba alimentar. Aduz ter até maio de 1989 visitado regularmente o filho, trazendo-o em sua companhia nos finais de semana, momento em que as atitudes de sua mãe, com telefonemas insultuosos e instruções ao filho para agredir a meio-irmã, tornaram a situação doméstica durante o convívio quinzenal insuportável. Relata, além disso, ter empreendido diversas viagens, tanto pelo Brasil, quanto para o exterior, permanecendo atualmente na África do Sul, comprometendo ainda mais a regularidade dos encontros. Salienta que, conquanto não tenha participado da formatura do filho ou de sua aprovação no vestibular, sempre demonstrou incentivo e júbilo por telefone. Afirma, nesse passo, não ter ocorrido qualquer ato ilícito.

Em primeira instância (fls. 81/83), o Juiz de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG julga improcedente o pedido inicial, salientando:

"... não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71).

A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitas ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó.

De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74).

Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder.

(...)

Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão."

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais dá provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.

A ementa está assim redigida:

"INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (fls. 125)

Perante esta Corte VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentando violação ao art. 159 do Código Civil de 1916 e dissídio jurisprudencial. Aduz não estarem presentes na hipótese os elementos constitutivos do ato ilícito de modo a embasar uma condenação. Afirma que as dificuldades oriundas de uma separação e da atividade profissional do pai são fatos normais da vida, não havendo que se falar em dolo ou culpa.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 149/163). Salienta o recorrido não prescindir o exame do especial do reexame do material fático-probatório, além de não restar caracterizado o dissídio jurisprudencial, dada a ausência de casos semelhantes na jurisprudência nacional a ensejar o confronto analítico. Afirma ser irretocável a decisão objeto do recurso.

Ascenderam os autos a este Superior Tribunal de Justiça, por força de provimento a agravo regimental.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso e, acaso conhecido, pelo não provimento (fls. 176/179). São os termos da ementa:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES PATERNOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. ÔBICE DA SÚMULA 07 DO STJ. COMPROVAÇÃO DO DANO EMOCIONAL E PSÍQUICO SOFRIDO PELO FILHO.

Pelo não conhecimento, e se conhecido, pelo não provimento."

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa-RS foi julgada procedente, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve atuação no caso entendeu que *"não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor"*, salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, *"a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia"*.

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como "fatos da vida", hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que *"a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).*

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: *"Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem os que resistem ao tema em foco - , tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave."* (*Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004*)

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

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

No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, **verbis**:

"De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consecutórios de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiossincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão." (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto "Para o aniversário de um pai muito ausente", a título de reflexão (Colocando o "I" no pingo... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

"O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título "Votos da filha, pelo aniversário do pai".

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: "Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha 'não aproveitada'. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei."

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

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com o voto de V. Exa. Entendo que essa questão - embora dolorosa nas relações entre pais e filhos, marido e mulher, nas relações de família em geral - resolve-se no campo do Direito de Família, exclusivamente. No caso, existe previsão no art. 384, inciso I, quanto à obrigação dos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos e tê-los em sua guarda e companhia. Mas os arts. 394 e 395 prevêem exatamente a situação em que, não cumprindo os pais essa obrigação, poderá ocorrer a perda do pátrio poder a pedido do Ministério Público ou de algum parente.

Diz o art. 395:

"Perderá, por ato judicial, o pátrio poder o pai ou mãe que deixar o filho ao abandono."

Não me parece que isso tenha sido requerido nem pelo Ministério Público nem por algum parente, notadamente a mãe, em nome de quem ele estava sob a guarda direta, porque, aparentemente, o pai se ausentou.

Na hipótese de perda do pátrio poder, a tutela é dada em substituição, nos termos do art. 406, I, também do Código Civil anterior. Parece-me, pois, que não é hipótese de ato ilícito. Não é dessa forma que se enfrentaria tal situação. A legislação de família prevê institutos específicos, inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos. Aqui, ressaltado, foram prestados os alimentos.

Com essas considerações apenas adicionais, acompanho o voto de V. Exa. no sentido de conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para julgar improcedente a ação.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**VOTO-VENCIDO****O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:**

Sr. Presidente, rogo vênia para dissentir do entendimento manifestado por V. Exa. e pelos eminentes Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186:

"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o **quantum** devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Por essas razões, rogando vênia mais uma vez, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**VOTO**

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, é certo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais pontificou que o recorrido teria sofrido em virtude do abandono paterno; são fatos que não podem ser desconstituídos. E é justamente com base nesses fatos que aprecio o que está ora posto. Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos

estabelecer graduações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante. Com esses fundamentos, e acostando-me ao que foi posto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator deste feito, e pelos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezinni, peço vênua ao eminente Sr. Ministro Barros Monteiro para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2005/0085464-3

REsp 757411 / MG

Números Origem: 20000624650 200401427225 4085505 633801

PAUTA: 22/11/2005

JULGADO: 29/11/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**
Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES
Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES
Secretária
Bela. CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : V DE P F DE O F
ADVOGADO : JOÃO BOSCO KUMAIRA E OUTROS
RECORRIDO : A B F (MENOR)
ASSIST POR : V B F
ADVOGADO : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTROS

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Ato Ilícito - Dano Moral

SUSTENTAÇÃO ORAL

DR. JOÃO BOSCO KUMAIRA, pelo Recorrente.
DR. RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, pelo recorrido.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezinni e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 29 de novembro de 2005

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária