

Dano moral e direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares

SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA^[1]

1. Introdução. 2. A doutrina. 3. Os motivos para afastar e/ou atenuar a indenizabilidade do dano moral nas relações erótico-afetivas. As propostas de mudança do novo Código Civil. 4. A jurisprudência. 5. Arrazoado final e conclusão.

1. Existe orientação doutrinária dominante, favorável ao ressarcimento de danos morais entre cônjuges, mesmo naquelas hipóteses em que o dano somente pode ser sofrido pelo cônjuge e nesta condição de cônjuge, porque o outro violou deveres do casamento. Esta postura contrasta com a posição jurisprudencial majoritária, que não vê com simpatia a monetarização do Direito de Família. Sem dúvida, por elementar analogia, aquela construção doutrinária será estendida aos problemas entre companheiros (união estável), e, em face dos exageros que vêm sendo cometidos, a tendência é que os pedidos indenizatórios alcancem as relações erótico-afetivas em geral, seja qual for o nível, intensidade ou profundidade da ligação do par, heterossexual ou homossexual. Com a máxima vênia, todavia, merece reparos esta linha de pensamento.

O presente trabalho visa apontar os exageros em matéria de pedidos de indenização por dano moral, principalmente quando estes excessos ingressem no Direito de Família.

2. Yussef Said Cahali^[2] faz correta distinção entre o dano moral que pode ser padecido por qualquer pessoa e o dano moral que só pode ser sofrido por uma pessoa que se encontre na condição de cônjuge de outrem e deste parta a conduta ofensiva e configuradora de infração de dever do casamento (art. 5º., "caput", da Lei nº. 6.515/77). Preleciona o Mestre: "Em outros termos, não se trata de saber se é indenizável pelo direito comum, como pareceu a Luiz Felipe Haddad, simplesmente o dano ilícito causado ao cônjuge como a qualquer outra pessoa (agressão, injúria) e indenizável a teor do art. 159 do CC (nota 37), mas de um dano que somente pode ser padecido pelo cônjuge inocente em razão dos fatos caracterizados como "infração grave dos deveres conjugais, que tornam insuportável a vida em comum" (art. 5º. da Lei 6.515/77), e "comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente"."

Já que lembrado o nome do Ilustre Jurista Yussef Said Cahali, a partir de suas próprias lições, na obr. cit. se nota uma perigosa inclinação doutrinária a abrir por demais a possibilidade do ressarcimento do dano moral nas relações familiares e erótico-afetivas em geral. O valioso apanhado doutrinário realizado por Cahali (que vale por pesquisa em múltiplas fontes, como, aliás, é tradição em seus excelentes trabalhos, sempre na primeira linha da literatura jurídica nacional) , bem revela aquela tendência.

Outra não é a orientação de Carlos Alberto Bittar^[3].

O clássico José de Aguiar Dias abria esta trilha delicadíssima^[4], sustentando que o adultério pode originar reparação civil, entre outras infrações aos deveres do casamento^[5].

Também se alinha neste pensamento Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, que produziu ótima monografia sobre aspectos da reparação civil na órbita familiar^[6].

Destaque também merece a respeitável opinião do Ilustre Promotor de Justiça e Jurista Belmiro Pedro Welter, favorável ao ressarcimento mais amplo^[7]

3. Concorde-se em que não possa um cônjuge ou companheiro infligir ao outro, por exemplo, agressões físicas e/ou morais (agressão moral entendida aqui não como o mal estar provocado por determinado comportamento não endereçado intencionalmente contra o cônjuge, mas sim como ofensa verbal direta e dolosa^[8]) e não estar sujeito, se for o caso, a indenizar por danos morais, assim como qualquer pessoa está sujeita a indenizar a outrem por danos morais decorrentes de tais agressões. O perigo da extensão da indenizabilidade está em deferi-la, indiscriminadamente, para as hipóteses em que somente entre cônjuges, ou entre quem – de uma forma mais genérica e abrangente – vivencia relação erótico-afetiva, possa ocorrer determinada atitude que se queira como geradora de dano moral, como sucede nas infrações de deveres do casamento ou da união estável. A prosperar este exagero, praticamente TODA a ação de separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, em deplorável e pernicioso monetarização das relações erótico-afetivas! Nem haveria motivo razoável para que os pedidos de dano moral não se estendessem aos casos de conduta desonrosa, também previstos no art. 5º. da Lei do Divórcio. O mesmo problema haveria no divórcio e na união estável, e, certamente, em pouco tempo, a onde avassaladora de duvidoso moralismo atingiria todos os relacionamentos erótico-afetivos.

Na verdade, do erro de não querer indenizar dano moral, está se partindo para o erro oposto, constituído pelo exagero, pelo excesso, pela demasia de exigir dano moral por tudo e por qualquer motivo. Com isto, algo sublime está sendo distorcido e amesquinhado por interesses patrimoniais, monetários, materiais, puramente financeiros, com muitos tentando ganhar dinheiro a custa dos outros. Já não mais se trata do nobilíssimo exercício da cidadania e da louvável e salutar busca dos direitos em juízo[9]. Não. A pretexto do dano moral, o que se passa a querer é obter vantagens materiais a qualquer título. Começa-se, propositalmente ou por desconhecimento, a confundir qualquer incômodo da vida com fato gerador de dano moral. Como se a vida não fosse uma sucessão de múltiplos incômodos e como se não fosse um dos sentidos da vida exatamente enfrentar e resolver os problemas que elas nos cria. Terminar-se-á paralisando os seres humanos, que nada mais farão com receio de incidirem em dano moral a alguém. A vida é formada de riscos e, aliás, ficaria bastante enfadonha e insuportável se não houvesse os riscos e as naturais preocupações e incômodos deles emanados.

A tendência de querer ver em tudo uma causa de dano moral é ainda mais perigosa porque se insere em um pensamento econômico-financeiro que quer monetizar todas as relações sociais, impregnando-as, de maneira radical, pelo fator dinheiro. Diviniza-se o lucro, sacraliza-se a moeda, endeusa-se a competição desenfreada e o consumo. Com isto, em gravíssimo perigo para a humanidade, é fomentada a pulsão de destruição e de morte (thanatos), em detrimento da pulsão para a vida (Eros).

Importante notar, por exemplo, como alguns estão tentando paralisar o exercício da cidadania, pedindo ressarcimento por dano moral em decorrência de alguém ter procedido a uma reclamação ou queixa em qualquer repartição pública, simplesmente porque houve o ato de comunicação e pedido de providências. Coloca-se o postulante da indenização mais ainda cheio de razões, se não vier a ser comprovado o fato contra ele alegado. Ora, deveria ser elementar que importa é não tenha a reclamação, comunicação, "notitia criminis", e assim por diante, sido feita com má intenção, espírito de vingança, motivos mesquinhos, tentativa de chantagem, e outras hipóteses. Evidente que não é exigível de ninguém uma prévia vasta investigação particular, por conta própria, para obter prova irrefutável da reclamação ou ocorrência que registra!

Transportar esta visão para o mundo erótico-afetivo, é terminar com a paixão, é liquidar com o amor, é aprisionar a libido, é abafar a força do sexo, é implantar manuais vitorianos para regerem a conduta sexual e amorosa, é impor um puritanismo retrógrado, é querer um direito para santos e anjos e não para seres humanos, é calar os poetas, é concretizar a pior, mais cruel e mais profunda das censuras, é medir sentimentos com parâmetros lógico-formais e legalistas!

A prevalecerem as indevidas extensões e prolongamentos emprestados à indenizabilidade do dano moral, restará aos seres humanos, todos eles, andarem sempre munidos de máquinas de calcular, buscando em cada um de seus semelhantes um fonte de renda, vislumbrando em cada um o tão esperado cifrão que permitirá o pagamento das dívidas, o consumo ainda maior, o crescimento do patrimônio, o acúmulo de dinheiro e outros bens materiais.

Qualquer namoro terminará por originar dano moral. Em pouco tempo, os namorados não poderão mais olhar para pessoas de outro sexo, pois aí estará implementado requisito para pleitear dano moral por parte daquele que, alegadamente, muito sofreu com o comportamento do acompanhante, na medida em que teria havido desrespeito pela possibilidade de que o olhar significasse desejo pelo outro. Mais um passo e o namorado não poderá olhar para ninguém, ainda que do mesmo sexo, pois perpassará a suspeita de desrespeitoso interesse homossexual.

Está havendo, no campo do dano moral, o mesmo censurável excesso dinheirista que começou a impregnar a união estável. Por qualquer namoro breve já se considera configurada a união estável, com todas as seqüelas dela derivadas, dentro do tratamento praticamente igual ao casamento que vem recebendo.

Já se pediu e se obteve indenização por suposto dano moral decorrente de acidente de trânsito com danos apenas materiais! É ao que leva o excesso no pedir e no conceder estas reparações. Se acidente de trânsito produz incômodo - e não há dúvida de que produz -, toda a cobrança de uma nota promissória, de uma letra de câmbio, de uma duplicata, de um cheque, também produz. Então, daí segue que todas estas cobranças passarão a ser cumuladas com dano moral. E assim por diante, entra-se no reinado, no império, totalitário e ditatorial do dano moral. Encontrões na rua levarão a solicitações de dano moral. Olhares fixos e firmes conduzirão ao mesmo fim, pois quem deles for "vítima" suscitará ter ficado abalado

emocionalmente com a dureza do dito olhar. A Humanidade passou a ser formada por seres com a sensibilidade a flor da pele e da mais quebradiça fragilidade. E nada mais restará a não ser o dano moral. Os profetas do apocalipse não mais irão assustar com previsões sobre o fim dos tempos, mas lhes bastará, para aterrorizar, anunciar a chegada do dano moral e seus corolários.

A relação erótico-afetiva, em qualquer modalidade (encontro rápido, namoro, amantes, companheiros, concubinos, conviventes, casados, etc, etc) é sujeita a óbvios, previsíveis, naturais e inevitáveis dissabores, que lhe dão vida, lhe dão tempero, lhe dão vibração, lhe fornecem emoção, lhe conferem sentimento, a afastam da rotina. O amor e o ódio estão sempre relacionados; tanto que o contrário do amor não é o ódio, mas sim a indiferença.

O próprio Yussef Said Cahali, apesar de aceitar a doutrina pela indenização do dano moral por infração de dever do casamento, disserta que não é o entendimento dominante em nosso país[10]. Ademais, reconhece que as legislações são omissas a respeito e que a doutrina discrepa sobre o tema[11]. Outrossim, ao citar doutrinadores que acatam a indenizabilidade, exemplifica com peculiaridades relevantíssimas, como a de se exigir uma convivência "martirizante"[12], isto é, somente conduta de extrema gravidade levaria ao ressarcimento.

É lamentável que até no campo da indenização do dano moral se esteja tentando imitar os Estados Unidos. É preciso levar em conta que aquele país, ao lado de suas qualidades positivas, vive sob uma dominação negativa excessiva do elemento monetário e a partir daí sofre sérias conseqüências no plano social e humano. Dificilmente os valores da solidariedade convive bem com os excessos monetarizantes (entendida esta expressão não em seu significado técnico econômico-financeiro, mas sim como indevida invasão do plano moral pelo elemento monetário).

Em um momento em que se proclama o amor como ponto central e alicerce do novo Direito de Família, buscando afastar a prevalência do aspecto patrimonial, seria incoerente admitir a mensuração de sentimentos e impulsos eróticos através do dinheiro.

Pedro Luiz Netto Lôbo[13] sabiamente mostra como a patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas constituições modernas. Aponta como a tendência é pela repersonalização do direito civil.

Uma certa modalidade de moralismo hipócrita ou retrógrado puritanismo vitoriano está, a par dos interesses puramente financeiros, bastante feliz com o desfraldar da cruzada pela conduta exemplar (sob que ótica?...), não pecaminosa e de angelical pureza nas relações erótico-afetivas...

Os excessos e demasias no pleitear de danos morais ficou bem estampado em voto vencido da lavra do Des. José Carlos Varanda, proferido como integrante do 9º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[14]. Tratava-se de problema relacionado com impossibilidade de embarque em avião. Em seu voto, o Des. José Carlos Varanda trouxe à colação matéria jornalística, estampada no Jornal O Globo, de 28.12.97, pág. 38, da autoria de Sílio Bocanera. É de ser reproduzido o artigo do conhecido jornalista, pois bem resume os lamentáveis exageros cometidos no campo do dano moral:

"Ninguém ganha dos americanos na mania de brigar nos tribunais por qualquer motivo. Bobeou, o ianque quer processar o vizinho que faz barulho, o médico que não cura, o patrão que não o promove por ser feio, gordo, careca, ter mau hálito ou pertencer ao sexo errado.

Houve até a história (verídica, não folclore) do nova-iorquino que tentou suicídio, jogando-se embaixo do trem que se aproximava da estação. Sobreviveu ao impacto e processou a companhia de transporte pela negligência de ter deixado que ele pulasse à frente do trem. Ganhou a causa e faturou uma bolada.

Conheci pessoalmente em Albuquerque, Novo México, a filha de uma senhora que processou o MacDonald's local quando ela mesma derramou café no colo. A bebida estava quente, a senhora queimou a perna e processou a lanchonete por esquentar demais o café. Não adiantou o restaurante explicar que os clientes exigem o produto quente. A reclamada levou US\$4 milhões, contou-me a filha entusiasmada.

O medo de processo gera uma corrida às companhias de seguro, a fim de comprar apólices que cubram os riscos mais diversos. Uma conseqüência infeliz é o aumento de custos dos serviços, pois que compra o seguro repassa o gasto a terceiros, geralmente o consumidor.

É o caso de médicos, por exemplo, que pagam fortunas para estar cobertos por seguro caso os pacientes os processem. A despesa adicional acaba influenciando o preço da consulta ou do tratamento, sempre caros nos Estados Unidos.

A Europa começa a exibir manifestações de febre americana do litígio, com seus exemplos

excêntricos. Além dos casos relatados acima, houve o episódio de prisioneiros em Manchester, na Inglaterra, que processaram o serviço de prisões, alegando que ficaram "mentalmente traumatizados" com uma rebelião na penitenciária.

Durante a revolta, no início da década, os manifestantes subiram ao telhado, lançaram paus e pedras nos guardas, queimaram colchões. Um prisioneiro morreu no confronto, mas, no geral, a polícia manteve a calma, não engrossou e preferiu esperar a revolta se esvaziar com o passar do tempo, o que acabou ocorrendo após três semanas.

Sete dos prisioneiros que participaram da rebelião entraram na justiça reclamando do trauma e o serviço de prisões preferiu evitar um processo arrastado (os prisioneiros não tinham pressa nem muitos compromissos), fez um acordo e pagou o equivalente a US\$10 mil a cada um; ou seja, o sujeito se rebela, agita, quebra e, depois, alega que toda essa movimentação o deixou mentalmente abalado. Entra na justiça e leva boa indenização.

Seria curioso saber o que pensam disso os hóspedes de instituições como Carandiru ou Bangu. Uma dona de casa israelense, três filhos, moradora de Haifa, está exigindo o equivalente a mil reais do responsável pela previsão do tempo no Canal 2 da televisão local, porque o meteorologista prometeu sol e calor para o dia, ela acreditou e vestiu roupas leves, mas a temperatura caiu, choveu e ela pegou resfriado.

O caso do dançarino que escorregou e quebrou a perna no País de Gales também é inusitado. Ele dançava um samba com a mulher, o que já é atividade arriscada para não brasileiros, mas alegou no litígio que a Prefeitura Swansee foi negligente ao encerar demais o chão do auditório público. Ganhou a causa e levou para casa o equivalente a US\$20 mil como indenização.

A prostituta processada na França tentou defender num tribunal de Nancy seu desempenho profissional e um michê equivalente a US\$40 (a vinda na França anda barata). Lembrou que o cliente tinha 70 anos e que o fracasso dela em levantar o moral do cidadão não ocorreu por falta de esforço. Alegou que fez uso de "todos os meios à disposição", mas o cliente não respondeu à altura do desafio e, em vez de procurar psicanalista, contratou advogado. O processo continua".

A relação erótico-afetiva, em qualquer modalidade (encontro rápido, namoro, amantes, companheiros, concubinos, conviventes, casados, etc, etc) é sujeita a óbvios, previsíveis, naturais e inevitáveis dissabores, que lhe dão vida, lhe dão tempero, lhe dão vibração, lhe fornecem emoção, lhe conferem sentimento, a afastam da rotina. O amor e o ódio estão sempre relacionados; tanto que o contrário do amor não é o ódio, mas sim a indiferença.

3.1. Noticiário da imprensa refere que estão sendo feitas propostas de modificação do novo Código Civil, visando prever ressarcimento por dano moral em hipóteses como infidelidade conjugal, negativa de relações sexuais, ausência de visitas dos filhos para os pais e vice-versa, etc.

Com todo o respeito, é manifesta a infelicidade das propostas, que se inserem nos excessos de repatrimonialização do Direito de Família.

Exemplos tragicômicos: a) impor ao cônjuge infiel a "obrigação" de comunicar ao parceiro ato eventual de adultério, destruindo o casamento que poderia se manter. b) O pai que visitaria o filho, e vice-versa, apenas por medo de ser réu em ação indenizatória por dano moral. Não seria pior para o filho, ou para o pai, ter uma atenção paterna ou filial falsa e forçada?! c) O cônjuge fazendo amor sob ameaça de indenização... E assim por diante.

Quando imaginariam os talibãs que, em nome da moeda e não da religião, seus objetivos de controle da conduta erótico-afetiva seriam alcançados.

4. Adiantei que os tribunais brasileiros não vêm recebendo com simpatia as postulações de indenização por dano moral no plano erótico-afetivo.

Cabe reflexão sobre se não é assim porque os tribunais estão mais próximos do drama humano do que os doutrinadores, que redigem em gabinetes isolados, apenas cercados pelo livros, muitos destes estrangeiros. Exemplo típico desta asserção está na famosa súmula 379 do Supremo Tribunal Federal. Todos que conhecem um pouco de Direito de Família sabem que a doutrina nacional, de forma uníssona, era e é pela renunciabilidade dos alimentos entre cônjuges. No entanto, os tribunais, em sua maior parte, resolviam diferentemente e isto acarretou a aludida súmula! Por que tamanha discrepância? A meu pensar, porque é fácil, raciocinando com categorias jurídicas de lógica formal e método racional-dedutivo, demonstrar, matematicamente, que os alimentos entre marido e mulher devem ser renunciáveis. Porém, a realidade humana e social recomendava a irrenunciabilidade (e em minha modesta maneira de ver, ainda recomenda, com toda a vênia do Superior Tribunal de Justiça), pois que muitas mulheres renunciam aos alimentos porque espancadas, porque ameaçadas de morte, porque

ludibriadas, ou todos estes fatores conjugados, e, muitas vezes, não há como provar estes eventos. Os juízes e tribunais, em geral, sabem disto, mas nem sempre o doutrinador o sabe. O caso da súmula 379 é apenas um exemplo entre muitos outros. Vejamos alguns acórdãos.

4.1. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que a quebra do dever de fidelidade não gera indenização: RT 752/344. A deliberação foi unânime e participaram do julgamento expoentes da Magistratura gaúcha e nacional, quais sejam a Desembargadora Maria Berenice Dias e os Desembargadores Eliseu Gomes Torres (relator) e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Constatou-se da ementa: "A quebra de um dos deveres inerentes à união estável, a fidelidade, não gera o dever de indenizar, nem a quem o quebra, um dos conviventes, e, menos ainda, a um terceiro que não integra o contrato existente e que é, em relação a este, parte alheia". O voto do Eminentíssimo Relator contém trechos brilhantes e que merecem reprodução, como, por exemplo:

"O sentimento que deve unir duas pessoas, que encetam uma união – casamento ou união estável – deve ser sempre o amor. Há, é certo, outros: interesse econômico, paixão carnal, vantagens profissionais, mas o sentimento prevalente e nobre a presidir tudo é o amor. Cessado este, a manutenção da união é mera questão temporal.

Quando o amor cessa, uma das conseqüências inevitáveis é a separação. No casamento como na união estável, a separação é mais do que uma possibilidade. Não fosse assim, não haveria na lei a expressa previsão da separação judicial e do divórcio. A separação está para o casamento (e para a união estável) como a morte está para a vida.

Da inicial, infere-se que o autor sente-se moralmente diminuído porque a mulher o traiu com um de seus amigos e companheiro de festas. É a velha questão do macho ferido que confunde sua honra com a da companheira. Só que, antanho, o macho vingava-se matando a mulher amada ou seu parceiro. Hoje, o traído quer reparação financeira para a honra ferida. No fundo de tudo, mais do que a intenção do ressarcimento, o que emana destes autos é o ciúme. Não há como deixar de lembrar as palavras de Shakespeare, Otelo, Ato III, na fala de Iago.

'Meu senhor, livrai-nos do ciúme,
É um monstro de olhos verdes, que
Escarnece do próprio pasto de que
Se alimenta (...).'

Somente o monstro de olhos verdes poderia alimentar esta demanda.

... Mesmo que, 'ad argumentandum', se reconhecesse a existência de união estável, tenho que a quebra de um dos deveres inerentes a ela – a fidelidade – não gera o dever de indenizar. Nem a quem o quebra – um dos conviventes – e menos, ainda, a um terceiro que não integra o contrato existente e que é, em relação a este, parte alheia".

A situação em nada se compara com decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que admitiu o prosseguimento de uma ação indenizatória promovida por mulher abandonada pelo companheiro depois de ela aparecer grávida a mulher, ter perdido o emprego, e, como seqüela, ter abortado involuntariamente[15]! Aqui sim se reuniram fatos de extrema gravidade, capazes de autorizar a indenização do dano moral.

4.2. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul resolveu que "Não tem o filho pretensão para haver do pai, após o reconhecimento forçado da paternidade, indenização pelas privações sofridas em virtude da negligência deste, a título de dano moral, porque a condição de filho, que baseia a demanda, é efeito da investigação acolhida"[16]. A votação foi unânime e atuou como Relator o Ilustre Jurista, de nomeada nacional, Araken de Assis.

4.3. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em outro memorável julgamento[17], por unanimidade negou danos morais em caso de pedido de anulação de escritura pública revogatória de adoção. O autor de demanda alegou que a adoção teve o escopo de acobertar relação homossexual entre ele e o réu. Sobre a postulação de danos morais, assim se pronunciou o Relator, Preclaro Des. José Carlos Teixeira Giorgis:

"Também no que pertine ao pedido de indenização por dano moral, qualquer prova que se lograsse produzir não abalaria o decisório impugnado. É bem de ver que o dano alegado teria origem no relacionamento mantido entre autor e réu, tenha assumido ele natureza afetiva, como sói acontecer nas hipóteses de adoção, tenha ele adquirido contornos de homossexualidade. Ora, eventuais seqüelas psicológicas resultantes do término dos relacionamentos humanos, sejam eles heterossexuais, homossexuais ou simplesmente decorrentes de uma adoção, não ensejam a pretendida indenização, sendo computadas como conseqüências admissíveis dentro do contexto fático em que foram geradas" [18].

4.4. No boletim do COAD correspondente ao ADV Informativo nº 40/99, na pág. 645, aparece acórdão do TJRJ que resolveu no sentido de que eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos[19]. Obtido o inteiro teor do acórdão, cumpre emprestar relevo a argumentos relevantíssimos, excelentemente versados pelo Nobre Relator: "... parece razoável que a pretensão indenizatória, como deduzida pela apelante, não pode ser solucionada com fundamento nas regras próprias das simples obrigações, como se pretende. O eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos, como nas obrigações, porque dá ensejo à separação judicial e posterior divórcio, figuras do Direito de Família, que já trazem em si sanções outras, específicas, em detrimento do cônjuge declarado culpado, tais como: a mesma declaração de culpa, a obrigação ou a exoneração de prestar alimentos, a obrigação de partilhar os bens, conforme o regime de casamento, a perda da guarda dos filhos, a perda do direito de usar o nome do cônjuge varão[20]. Sanções estas que, a não ser para os espíritos essencialmente materialistas, são mais eficazes para reparar os danos imateriais da cônjuge inocente do que a compensação do dano moral, que se pretende fazer com uma certa soma em dinheiro, em outras situações, convenhamos".

4.5. O mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também deliberou que não há dano moral em rompimento de relação amorosa extraconjugal[21].

4.6. Outro exemplo da sapiência jurisprudencial surgiu em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, através de sua 3ª Câmara de Direito Privado, em julgamento unânime, sendo Relator o Des. Ênio Santarelli[22], oportunidade em que se negou indenização por dano moral para mulher que se envolveu como homem casado e veio a ter sério conflito com a esposa deste. O Tribunal entendeu que não poderia a amante reclamar da concorrente reação comedida ou refinada... Teve a Corte paulista a sensibilidade para o drama humano, para a inevitabilidade aceitável de tais ações e reações, que só seriam eliminadas se se eliminasse o que há de humano no ser humano ou se transformasse a humanidade em um bando de robôs ou autômatos, sem afeto, sem sentimentos, sem erotismo, sem sexo, sem desejos. Humanidade asséptica, que só poderia não ser limpa, inodora, insossa, insípida, etc, quando quisesse ser menos desinfetada pelo gosto de ganhar dinheiro a custa dos outros sob qualquer pretexto.

5. A sapiência popular e profissional indicam como a idéia da ressarcibilidade do dano moral por infração de dever do casamento não encontrou ressonância em nossas avaliações nacionais. É extraordinária a dificuldade em localizar algum acórdão que tenha deferido esta espécie de indenização ou que a tenha negado, ou seja, tais postulações não vêm sendo sequer postas em juízo. Na verdade, muitos encaram como uma postulação não embasada pela moralidade, mas senão que uma forma de buscar indevido ganho financeiro. Esta fortíssima tendência sócio-axiológica deve ser levada em conta pelos tribunais, pois que o direito, dentro da predominante teoria tridimensional, é fato, é valor e é norma, em tríade indecomponível. Não há direito onde se exclua o elemento fático (sociológico) e o dado valorativo (axiológico), consoante Miguel Reale[23]. Erro grave é desconhecer os fatos sociais e os valores de determinada coletividade. Inolvidável a advertência de Miguel Reale[24]:

"É por isso, aliás, que a Jurisprudência, apesar de possuir categorias lógicas universais e uma linguagem que acomuna os juristas de todo o mundo, não pode nem deve prescindir das características e das circunstâncias de cada povo, pois o Direito é experiência social concreta, processo vital que obedece a motivos peculiares a cada Nação, e não fruto arbitrário das construções legislativas.

Um Direito universal, sem liames históricos, nem laços tradicionais, é pretensão só compreensível nos quadros de uma teoria panlogística, que esvazie o Direito de seu conteúdo estimativo, como se uma regra jurídica pudesse significar algo erradicada do meio social a que se destina.

Quer no momento da feitura da lei, quer no da construção e da sistematização dogmática, o Direito não poderá deixar de ser compreendido senão como realidade histórico-cultural, de tal sorte que não será exagero proclamar-se marcando bem a posição de nossa disciplina: - pontes e arranha-céus podem construí-los engenheiros de todas as procedências; mas o Direito só o poderá interpretar e realizar com autenticidade quem se integrar na peculiaridade de nossas circunstâncias".

Borda e Llambías, em seus Tratados[25], verberam contra a espécie de ressarcimento de dano moral, pois que não contemplada em lei e porque fere a sensibilidade.

É possível demonstrar que a indenização por dano moral, decorrente de violação de dever do casamento (por extensão, da união estável), é inviável em nosso sistema jurídico. Cumpre

lembrar que, na hermenêutica moderna, prevalece a exegese sistemática[26]. Ora, o sistema jurídico-positivo pátrio sanciona o infrator com a penosíssima condenação como cônjuge culpado, que, além de bastante afetar moralmente, implica nas conseqüências gravíssimas de perda do direito à guarda dos filhos e perda do direito a alimentos! Pois bem, não há que acrescentar a isto, sem lei explícita, mais uma sanção, qual seja a indenização por dano moral! Portanto, sistematicamente, de comprova que não sobra espaço para cogitar da reparabilidade por alegado dano moral oriundo de infração de dever do casamento.

Isto sem falar que a tendência moderna, cada vez mais forte, é afastar a idéia de culpa na ruptura do casamento ou da união estável, com base nos ensinamentos psicológicos e psiquiátricos de que a culpa é recíproca, ainda que, exteriormente, possa, de forma aparente, ser imputada mais a um dos cônjuges ou conviventes. Se a idéia mais avançada é elidir a consideração de culpa, menos base haveria para se cogitar do ressarcimento por dano moral.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecida especialista em assuntos de Direito de Família, escreveu artigo jornalístico sobre o tema, publicado em Zero Hora de 07 de janeiro de 2002, na pág. 11, no qual mostra sua desconformidade com a tese de dano moral em ruptura do vínculo matrimonial. O título de seu texto é bastante significativo: "Amor tem preço?". Após sábias ponderações, conclui ela: "Assim se revela de todo descabida e retrógrada a tentativa de inserir na lei obrigações de caráter indenizatório pelo fim do afeto, pois muitas vezes o desenlace do casamento é o melhor caminho para a felicidade".

O aburguesamento e aviltamento das relações erótico-afetivas não haverão de precisar de um Friedrich Nietzsche para combatê-los. Seria um remédio por demais arriscado... As bases e características do Direito de Família moderno oferecem argumentos de sobra para enfrentar a invasão monetária, radicadas que estão na revalorização dos vínculos afetivos, na sinceridade, na igualdade, na liberdade e na solidariedade das relações entre as pessoas.

Espera-se que continue prevalecendo a atual tendência jurisprudencial, de molde a que se preserve pelo menos o campo erótico-afetivo dos interesses monetários e gananciosos, deixando ali atuar o que lhe é peculiar, essencial e ontológico, ou seja, o sentimento, a emoção, o amor, a surpresa afetiva, o direito à instabilidade, o impulso erótico-sexual, o desejo, ou seja, aquela parte da vida que não pode ficar aprisionada a esquemas lógico-formais, racionais e de tabelamento financeiro. Ou querem os juristas terminar com a arte, com a paixão, com o amor? E por certo não terminariam apenas com a poesia! Terminariam também com o que há de mais humano no ser humano.

Notas:

[1] Desembargador aposentado do TJRS. Advogado, com atuação em Direito de Família. Professor de Direito de Família na Escola Superior da Magistratura e na Escola Superior do Ministério Público, ambas do Rio Grande do Sul.

[2] Dano Moral. 2ª. ed.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 671.

[3] Reparação Civil por Danos Morais. 2ª ed.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994. Págs. 180 e 181.

[4] Da Responsabilidade Civil. 5ª ed.. Rio, Forense, 1973. Vol. II, págs. 17 a 20, item 160.

[5] Importantíssimo notar que constata José de Aguiar Dias não conhecer nenhuma decisão, em nossa jurisprudência, sobre indenização em casos de adultério!! Este evento significativo será depois objeto de maior análise.

[6] Reparação Civil na Separação e no Divórcio. São Paulo, Saraiva, 1999.

[7] "Dano Moral na Separação, Divórcio e União Estável. RT 775/128.

[8] Em outras palavras: não se indenizaria porque alguém se interessou por outrem que não o seu cônjuge ou companheiro, mas sim se aquele ofendesse, por exemplo com insultos e palavrões, o seu cônjuge ou companheiro.

[9] O que tem permitido assistir ao magnífico e elogiável fenômeno de cada vez maior número de pessoas afluírem ao Poder Judiciário.

[10] Obr. cit. sobre Dano Moral, pág. 666.

[11] Idem, págs. 671 e 672. Juan Bibiloni, Guillermo Borda, Jorge Llambías, rejeitam o ressarcimento do ano moral.

[12] Idem, pág. 673, em opinião de Antonio Jeová Santos.

[13] Artigo sob o título Constitucionalização do Direito Civil, publicado em Revista de Informação Legislativa, nº 141, de jan/março de 1999, pág. 99.

[14] Eap. 369/99, sendo Relator a Desª Cássia Medeiros, com acórdão publicado em 11.04.200. Fonte: COAD, ADV Informativo, boletim semanal nº 29/2000, pág. 463.

[15] RT 765/191.

[16] RT 737/390.

[17] RJTJRGs 190/382.

[18] Destaque feito por quem subscreve o presente texto.

[19] Apelação cível nº 14.156/98, julgada pela 14ª Câmara Cível, sendo Relator o Des. Marlan Marinho, com acórdão publicado em 6.09.99.

[20] Esta última penalidade, com toda a vênia, não pode permanecer no direito pátrio, pois contraria a igualdade dos cônjuges, contemplada na Constituição Federal de 1988.

[21] Boletim IOB nº 24/95, pág. 381, item 11531.

[22] Apelação cível n.º 82.002-4/4. Fonte: COAD-ADV, Informativo, boletim semanal n.º 35/2000, pág. 551.

[23] Filosofia do Direito. 4ª. ed.. São Paulo, Edição Saraiva, 1965. Págs. 433 a 614.

[24] Obr. cit., págs. 504 e 505.

[25] Eduardo Zannoni. Derecho Civil – Derecho de Família. 2ª ed.. Buenos Aires, Editorial Astra de Alfredo e Ricardo Depalma, 1993. Tomo 2, pág. 214.

[26] Juarez Freitas. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo, Malheiros Editores, 1995. De outra parte, Claus-Wilhelm Canaris (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito - Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 280) define o sistema jurídico como "ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais".

(In COAD/ADV, Seleções Jurídicas, janeiro 2002, p. 45)