

## DANOS MORAIS E RELAÇÕES DE FAMÍLIA

**Maria Celina BODIN DE MORAES**  
Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS  
Vice-Presidente Nacional do IBDFAM  
[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

O último esforço da razão é reconhecer que  
existe uma infinidade de coisas que a ultrapassam.

**PASCAL**

Boa Tarde. É um grande prazer estar hoje em Belo Horizonte, neste evento magnificamente organizado pelo querido Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM - instituto que se torna a cada dia mais útil, vigoroso e importante nacionalmente. Gostaria de ressaltar o quanto Minas Gerais tem contribuído para a construção de um novo direito de família, de um direito de família brasileiro do qual, aliás, todos podemos e devemos nos orgulhar.

Além do IBDFAM, lembro nesta ocasião o nome do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, um civilista visionário, sempre muito adiante de seu tempo, e que continua a trabalhar juntamente com sua filha, a Prof<sup>a</sup> Tânia da Silva Pereira, ambos profundamente dedicados ao direito de família. Cito ainda o nome do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, cuja atuação no STJ, especialmente no que tange à proteção das relações existenciais, é de ser reconhecida e admirada. E aproveito, neste ambiente em certo sentido familiar, para homenagear a família paterna de minha filha Elisa, na pessoa de meu saudosíssimo sogro, Fabio, um mineiro para nós tão querido quanto ilustre.

Saúdo, enfim, a digníssima Dr<sup>a</sup> Regina Beatriz Tavares da Silva, professora que sustenta a tese da mais ampla compensação de danos morais no direito de família, em particular na separação e no divórcio - bem como em decorrência do descumprimento do débito conjugal, como acabamos de ouvir -, e é responsável pela proposta de inserção, através do Projeto de Lei nº 6960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, de uma nova regra geral no Código Civil de 2002, segundo a qual "os princípios da responsabilidade civil se aplicam às relações de família."

Minha posição sobre este tema tem sido, em grande medida, oposta à da Professora e acredito que isto representará para os presentes, e principalmente para nós mesmas, uma significativa ocasião de reflexão e aprendizado.

Vou começar lembrando um antigo ditado chinês de que gosto muito. Ele diz: "Não há família que possa ostentar o cartaz: aqui não há problemas."

Cada um de nós sabe, conhece - ou deveria conhecer - nossos defeitos e nossas qualidades, os defeitos e qualidades de nossos filhos e de nossos pais, de nossos entes queridos. Cada um de nós guarda dentro de si seus próprios pecados - não outra a razão da admoestação cristã: "aquele que não tiver pecado que atire a primeira pedra." E somos imperfeitos porque somos humanos. A imperfeição é parte de nossa humanidade e, portanto, parte de nossa essência. Não há pais perfeitos, nem mães perfeitas, nem filhos, homens, mulheres ou crianças; não há deuses entre nós.

Quem acredita que alguém possa ser perfeito, quando descobre a dura realidade, isto é, quando consegue tirar de seus olhos o véu rosado que os recobre, acaba por ver um sapo em vez do príncipe com quem se casou, ou a bruxa em que se transformou sua mulher, e tende a vitimizarse. A vitimização é uma das mais tristes características de nosso tempo e a responsabilização excessiva é a outra face desta moeda.

A propósito da atual tendência à vitimização, parece interessante citar Tzvetan Todorov, filósofo búlgaro e professor visitante em universidades americanas. Todorov identificou esta tendência à vitimização em uma sociedade na qual, até pouco tempo atrás, o heroísmo era o valor objeto da aspiração comum:

(...) Todos os visitantes europeus são atingidos por esta característica americana: aqui, podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando a grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. (...) Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para desenvolvimento de minha personalidade. A única hesitação que posso ter é saber se, para obter a reparação, me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas,

nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta. Ninguém quer ser vítima, isso não tem nada de agradável; em contrapartida, todos querem ter sido; aspiram ao status de vítima (...).

Reside certamente aí uma das mudanças mais fascinantes que se operaram nestes últimos anos na mentalidade americana: a substituição do ideal heróico pelo ideal vitimário. Antes, todo mundo se vangloriava de ter sido o mais forte; agora, o mais oprimido. Antes, elogiava-se o self-made man; agora, o que apenas sofreu. Os heróis não foram numerosos em nenhuma época; mas o ideal heróico mantinha seu prestígio. Por que o perdeu, de onde vem esta nova "vontade de impotência"?" A questão permanece aberta (...)

Esta introdução pareceu-me necessária para ressaltar, desde logo, algumas peculiaridades de nosso tema. "Te perdô por te trair" cantou Chico Buarque e "de perto ninguém é normal", acompanhou Caetano Veloso, vozes que entoam uma sabedoria popular. Mais ainda: tratando-se, como se trata, de relações intrinsecamente pessoais, íntimas, afetivas, cabe recordar um outro aspecto, normalmente ignorado: Que capacidade temos de ser cruéis com quem mais amamos! Simplesmente porque o contrário do amor não é o ódio, mas a indiferença.

Entendo que grande parte dos problemas nesta matéria comece na própria conceituação do dano moral e se complique, evidentemente, na hora de determinar o quantum debeat da reparação. Vejamos como funciona o mecanismo de identificação - reputado quase que um procedimento de dedução 'lógica' - do dano moral no Brasil:

I. Sobre o conceito de dano moral, nove entre dez juízes e juristas definem-no segundo a chamada "lição de René Savatier", para quem "dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária."

Daí, deste conceito, têm decorrido diversas dificuldades e, sobretudo, numerosas confusões. Assim, por exemplo, a opinião da Dr<sup>a</sup> Sonia Maria Teixeira da Silva, em artigo intitulado "Traição e dano moral" com ampla divulgação na Internet:

Certa concubina requereu em juízo, além de alimentos, indenização por danos morais, diante da traição perpetrada pelo ex-companheiro e sua melhor amiga. Não analisaremos aqui o concubinato em si, mas a traição como objeto da reparação do dano moral.

O que é traição? Segundo o Aurélio, traição é "perfidia, deslealdade, infidelidade no amor". (...) Trair é enganar, atraiçoar, denunciar, delatar, ser infiel. A traição gera dor, angústia, sofrimento, desgosto, revolta, constrangimento.

Conclui a autora:

Se a simples ruptura de um noivado, sem motivo, quando já notória a data do casamento, é circunstância que atinge a honra e o decoro, ensejando indenização por dano moral e material, com muito mais argumentos a traição, em qualquer relacionamento humano, pode ser o móvel de uma reparação de dano moral.

As dificuldades, porém, não estão somente na doutrina, ou em uma certa consciência coletiva, estão também na jurisprudência.

Observe-se o conceito de dano moral no entendimento do Supremo Tribunal Federal: ao julgar o Recurso Extraordinário nº 172.720, entendeu o STF que o dano moral se distingue da violação de direitos da personalidade bem como dos efeitos não-patrimoniais da lesão. No julgamento discutia-se a reparação de dano moral decorrente do extravio de bagagem em transporte aéreo, em que a 1<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia negado a indenização sob o argumento de que a "simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil".

No juízo de admissibilidade, o Min. Marco Aurélio explicitou as razões que considerou determinantes para o trânsito do recurso extraordinário, afirmando que a questão possuía contornos ensejadores do crivo da Corte Suprema para que começasse a definir o alcance do preceito constitucional bem como a abrangência do instituto. Além disso, considerou o Ministro que "a importância do assunto na vida em sociedade está a reclamar a análise de órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal".

No mérito deu-se provimento ao recurso para reconhecer a existência de dano moral reparável, que estaria configurado nos sentimentos de desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação, ocasionados pelo extravio de bagagem em viagem ao exterior. Segundo o Min. Marco Aurélio, quanto à existência do dano moral no caso em exame, ninguém deveria colocar

em dúvida as repercussões negativas do extravio de bagagem porque os transtornos são imensos, acarretando para o viajante os mais diversos sentimentos nefastos. No que concerne ao dano moral, haveria de se perquirir a humilhação e, em conseqüência, o sentimento de desconforto provocado pelo ato, que é inegável na espécie.

Em seu voto, o Min. Rezek, buscando esclarecer o conceito de dano moral em conformidade com uma leitura constitucional, na medida em que seu ressarcimento se encontra garantido naquele Texto, asseverou:

Não é necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano para que se configure o dano moral, sobretudo porque a conseqüência não é nada de tão dramático: ela é, no plano civil, mera e prosaica indenização. Não se há de exigir, no plano ético, que o dano moral seja tão grave e funesto quando a conseqüência que a ordem jurídica lhe assinala se resume numa indenização compensatória. (...)

Penso que o que o constituinte brasileiro qualifica como dano moral é aquele dano que se pode depois neutralizar com uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. É causar a ela um mal evidente, como faz o transportador ao cidadão que planeja uma viagem, paga seu preço e a empreende, mas para ter a surpresa de, no primeiro dia, ver que lhe falta a bagagem e dia após dia ver que as promessas da empresa, no sentido de que a mala chegará, não são cumpridas, até que toma o avião de volta depois de um período em que a tensão e a frustração - não o prazer o repouso ou o divertimento - foram as tônicas maiores. (Grifou-se).

"Mal evidente", conceituou o Ministro; mal que pode, infelizmente, nem sempre ser tão evidente assim. Mas, frise-se, tamanha confusão conceitual não é uma exclusividade brasileira; os demais ordenamentos romano-germânicos passaram, ao longo da última década, discutindo que tipo de dano era o dano moral.

A este respeito, o Des. Sergio Cavalieri Filho tem sustentado a seguinte formulação, seguida majoritariamente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de grande sensibilidade. Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada. (Grifou-se.)

Mas a dor, o vexame, a humilhação, o sofrimento são elementos suficientes para a sua configuração jurídica? Que intensidade deve ter a dor? Quanto deve durar? Como podem a "dor" ou os "sentimentos" ser verificados objetivamente? O questionamento permanece e, por enquanto, vamos deixá-lo assim.

II. O segundo problema, ensejador de outras complicações de monta, diz respeito à reparação do dano moral, aos critérios atualmente adotados para a avaliação do dano, principalmente àqueles que têm sido reiterados em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em particular nas decisões da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. O texto de uma das ementas será suficiente para que se conheçam os critérios que, segundo o STJ, devem ser levados em consideração pelo juiz:

Certo é que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-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 e às suas peculiaridades em cada caso, devendo, de outro lado, desestimular o ofensor a repetir o ato. (Grifou-se.)

A última frase foi incluída nos votos dados a partir de 2000 e trazem à tona uma outra árdua problemática relativa à reparação do dano moral que é a existência, ou não, de um caráter punitivo a compor a indenização.

Nos Estados Unidos, de onde os chamados "danos punitivos" foram importados, não há, ao contrário do Brasil, qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima que, antes, é

pressuposto. E isto ocorre porque lá se tem o dano punitivo como justificado para que cumpra objetivos de pacificação social, próprios daquela sociedade: i) punir o ofensor por seu mau comportamento; ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade da prática de comportamentos socialmente danosos quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica.

Além disso, naquele país, o comportamento punível, através de danos punitivos, é, na imensa maioria das vezes, um comportamento doloso. E com freqüência, os danos punitivos somente são concedidos em casos de defesa do consumidor, em especial no caso de produtos defeituosos, isto é, quando se trata de proteger, através de punição exemplar, um número muito grande de pessoas; por outro lado, e ainda mais relevante, naquele sistema, como se sabe, pode o juiz criar a norma a ser aplicada ao caso concreto, sem que necessite referir-se à fonte normativa.

Dadas todas estas difíceis controvérsias, procurou-se elaborar um conceito de dano moral, partindo da definição de Pontes de Miranda. Na concisa lição deste autor: "dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio."

Portanto, diz Pontes, "atingindo o devedor como ser humano..." Quais seriam os aspectos de nossa humanidade, aquilo que nos caracteriza como dignos de proteção como seres humanos? No direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos "fundamentos da República". A dignidade humana, assim o diz o texto da Constituição, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Com efeito, da mesma forma que Immanuel Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se apóia e se constitui. Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, esta postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação.

Para que se extraiam as conseqüências jurídicas pertinentes, cumpre retornar aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais; de serem dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza - sujeitos, portanto, do discurso e da ação -, será "desumano", isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

O substrato material da dignidade assim entendida deve ser desdobrado em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado de vontade livre, de auto-determinação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São então corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade, que se encontram previstos na Constituição da República.

Dano moral será, em conseqüência, a lesão, a violação, de algum desses aspectos ou substratos que compõem a dignidade humana.

Quando, nos chamados casos difíceis, se impõe a necessidade de ponderar os interesses conflitantes quer-se com isso dizer ser cabível examinar, em cada hipótese, a qual princípio deva ser dada prioridade no caso concreto: à liberdade ou à solidariedade? à integridade psicofísica ou à liberdade? à igualdade ou à solidariedade? Os casos difíceis, no dizer de Paul Ricoeur, constituem um desafio à provação do julgamento reflexivo. O objetivo a ser alcançado, contudo,

é único e não admite relativizações.

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana.

III. E nas relações de família? Que características especiais devemos levar em conta? Haverá responsabilidade ou imunidade no que se refere aos danos morais?

O STJ, examinando uma hipótese deste tipo, concluiu, por maioria de votos, que pode haver pedido de indenização por dano moral, fundado na cláusula geral de responsabilidade subjetiva. Assim, no REsp. 37051, a ementa diz:

1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor; 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação; 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

No entanto, se não se admite que o conceito jurídico de dano moral deva se configurar a partir das noções de "sofrimento", "tristeza", "vexame" e "humilhação" - porque tais sentimentos na verdade representam dores presentes na vida de cada um de nós - a resposta só pode ser uma: como em todas as demais relações existenciais, onde tiver havido lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade terá havido dano moral indenizável. Assim, o cárcere privado, a violência física e moral (o chamado mobbing) de um cônjuge em relação ao outro acarretarão, sem sombra de dúvida, dano moral a ser devidamente indenizado.

Mas, atenção: será preciso ponderar, através do exame dos interesses em conflito, tais princípios entre si. Um exemplo bastará para esclarecer o que se quer salientar: a conhecida hipótese da indenização por dano moral decorrente do rompimento do noivado.

O TJRJ, já por diversas vezes, confirmou sentenças que determinavam indenização por danos materiais e morais em decorrência do rompimento imotivado pelo noivo com "conduta que infringiu o princípio da boa-fé". Num dos casos, a autora da ação comprovou que, após marcada a data do casamento religioso, teve gastos com enxoval, cerimonial do matrimônio, aparelhos eletrodomésticos, além de despesas com material de construção para levantamento da casa, sendo obrigada a desfazer-se de seu carro para fazer frente a tais gastos. Alegou, por fim, que, de uma hora para outra, o noivo, sem qualquer motivo justificado, rompeu o compromisso, requerendo e obtendo, portanto, a reparação pelos danos material e moral.

Em doutrina, a este respeito, observou-se ser devida a indenização também na hipótese de um dos noivos romper a promessa de casamento semanas antes da cerimônia, quando os convites para a boda já foram encaminhados aos convidados, ou então, quando um deles simplesmente desaparece após haver assumido o compromisso sério de contrair núpcias, desconsiderando em absoluto o sentimento do outro.

E no entanto - cumpre destacar -, não há ato que o ordenamento deva reputar mais livre, mais dependente, exclusivamente, da vontade de ambos e de cada um dos nubentes, do que o casamento - bastando, para fundamentar esta conclusão, a rápida consulta ao art. 194 do Código de 1916 e aos arts. 1514 e 1535 do Código de 2002, todos eles enaltecendo a volição do ato. Por outro lado, o que significa "rompimento imotivado" além do fato de que não se tem mais a vontade (juridicamente protegida) de casar? Enfim, por que razão seria necessário estar "de casamento marcado" para obter a indenização? A dor e o sofrimento causados por uma separação não desejada por qualquer uma das pessoas envolvidas na relação são intensos e profundos em qualquer momento em que isso venha a ocorrer.

Não se vê, de fato, como possa o pleno exercício do princípio da liberdade de casar - decorrência direta e inelutável do princípio fundamental de liberdade - ser sopesado desfavoravelmente em relação à quebra do compromisso pré-nupcial. Na ponderação destes interesses contrapostos,

não há como fazer surgir o dever de indenizar, a não ser pelo prejuízo material, eventualmente, ocasionado - prejuízo este que aqui não se discute, uma vez que não pode ser confundido com o dano genuinamente moral.

Isto permite, a nosso ver, excluir o rompimento do noivado, por si só, como ensejador de dano moral, pois que o ato, por maior sofrimento que possa causar, tem a protegê-lo o princípio da liberdade, componente da dignidade humana. Na ponderação de interesses, a integridade psíquica da noiva, supondo-se essa a pessoa abandonada, deve ceder diante do princípio da liberdade do noivo, o qual, neste caso, mais se aproxima do princípio da dignidade humana como cláusula de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O mesmo se diga acerca do descumprimento do chamado débito conjugal e da infidelidade, circunstâncias normalmente intoleráveis para a manutenção da vida em comum. Qual seria o remédio jurídico para tais violações de deveres conjugais? Caberia dano moral puro, como de tantas partes se sustenta? Acredito que o único remédio cabível seja a separação do casal em razão da ruptura da vida em comum. É evidente que se vierem acompanhadas de violência física ou moral, de humilhação contínua diante de terceiros ou dos próprios filhos, nos encontraremos no âmbito do ilícito e haverá a responsabilização pelo dano moral infligido.

No sentido que se sustenta, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que o relacionamento extraconjugal, em si e por si, não configura dano moral:

Alega a autora que seu ex-marido, durante a vida comum, manteve relacionamento extraconjugal, daí advindo uma filha e que por isto sofreu humilhação e vexame. As provas negam tal circunstância porque o relacionamento do casal já estava deteriorado nos meses em que o réu já vinha mantendo comunhão com a outra. Para que se possa conceder o dano moral é preciso mais que um simples rompimento da relação conjugal mas que um dos cônjuges tenha, efetivamente, submetido o outro a condições humilhantes, vexatórias e que lhe afronte a dignidade, a honra ou o pudor. Não foi o que ocorreu nesta hipótese, porque o relacionamento já estava deteriorado e o rompimento era conseqüência natural. Sentença de improcedência mantida.

O casamento, em nossos dias, não corresponde mais à posição de estabilidade e de ligação perpétua, que já ocupou. O Chile, o um dos últimos países ocidentais a não admitir o divórcio, promulgará uma lei divorcista em 2004. Tudo isto foi feito, ao longo dos últimos 50 anos, com a finalidade de reorganizar as famílias, permitindo que se refizessem novos laços em lugar de antigos que se haviam rompido. Trata-se, no mínimo, não fosse por outras razões, de garantir proteção jurídica aos filhos provenientes da nova relação.

O relacionamento conjugal baseia-se no afeto, no respeito mútuo, na vontade constante de permanecer unidos. Se tal se rompe, a solução adequada é a separação e, eventualmente, o divórcio.

E por quê? Qual seria o problema, nestes casos, de se compensar o sofrimento causado pela infidelidade real ou virtual? O problema grave, me parece, ao contrário do que pensa o Ministro Rezek, é que a compensação do dano moral se faz, exclusivamente, em pecúnia, em dinheiro. Então, em havendo o descumprimento de qualquer dos deveres do casamento - dever de assistência moral e material, dever de respeito, dever de coabitação, dever de fidelidade, etc. - a solução deve ser a compensação em dinheiro? Em casos de rompimento de noivado, de traição, de descumprimento do débito conjugal, de culpa específica na separação, de infidelidade virtual, que tipo de proteção às relações familiares, em particular aos filhos deste casamento, tal solução enseja? O que de bom se tem aí para nos convencer a adotar esta proposta?

Nada. Apenas uma certa visão estreita de logicidade entre causa e conseqüência, e a interpretação literal da concepção de que quem sofre um dano, acontecimento ensejador de tristeza e humilhação, de vexame e outras dores, terá direito à uma compensação pecuniária.

Todavia, o pagamento de uma indenização, nestes casos específicos, agravaria ainda mais as situações de grave conflito, de verdadeira "guerra nuclear" - perdoem a analogia - que normalmente se vêem nos juízos de separação e divórcio. As pessoas envolvidas já estão sofrendo mais do que o suficiente e pagando todos os seus pecados. A idéia de se poder tirar dinheiro da situação (rectius, tornar concreta a ameaça de tantos: "vou fazê-la/fazê-lo pagar por isso") acende, ou faz surgir o que há de pior em nós: a cobiça. Aqui cabe citar a advertência de Flaubert: "O que o dinheiro faz por nós não compensa o que fazemos por ele".

No caso específico do descumprimento do débito conjugal, a ponderação dos interesses contrapostos, mais uma vez, não pode assegurar um "direito" à sua prestação, sob pena do pagamento de uma indenização. O ato subjacente é daqueles que requer a mais ampla

liberdade de escolha tanto física, sobre o próprio corpo, quanto psíquica. Somente uma ótica distorcida, que ignora a funcionalização dos institutos jurídicos, preocupando-se unicamente com revelhos esquemas estruturais, poderia entrever dano moral na recusa a manter relações sexuais. À toda evidência, este raciocínio viola a integridade psicofísica e a liberdade pessoal do cônjuge ou companheiro, princípios fundamentais garantidos constitucionalmente, em nome de um profundo equívoco: coloca-se em funcionamento o mecanismo segundo o qual, sendo o débito conjugal um dever decorrente do casamento, seu descumprimento gera sofrimento que deve, assim, ser reparado.

Tal modo de pensar, ignorando a proteção prioritária atribuída à pessoa humana, lesiona a cláusula geral de tutela da pessoa humana e traz à memória - e a comparação bem se justifica -, a tese do não cabimento de crime de estupro no constrangimento à prática de conjunção carnal pelo marido. Hoje, a idéia a todos repugna, tendo a doutrina e a jurisprudência nacionais pacificado-se na tese da admissibilidade.

E se não aceitamos, como de fato, que o dano moral possa, ontologicamente, ter caráter punitivo, não há qualquer benefício em se criar uma regra geral expressa de responsabilização nas relações de família. Ao contrário, significaria somente agravar o já grave quadro de mercantilização das relações existenciais. A cláusula geral da responsabilidade, ora prevista no art. 186 do Código Civil de 2002, apresenta-se mais do que conveniente para afrontar aqueles casos nos quais as relações entre cônjuges atinjam os lindes da responsabilidade aquiliana.

Diferente, parece-nos, deve ser a abordagem da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais as quais, por falta de tempo, não puderam ser aqui desenvolvidas. Fica para uma próxima ocasião. Somente a título de contribuição ao debate, os dois tipos de relação - conjugal e filial - se diferenciam em muito, tanto estrutural quanto funcionalmente; donde será mais trivial encontrar fundamentos de responsabilização por dano moral neste segundo caso. Onde um tem seus fundamentos, como analisei, na liberdade e na igualdade, o outro fundamenta-se justamente na responsabilidade. Ambos remetem-se, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneiras muito particulares. Além disso, observe-se que a questão não pode ser debatida sem que se atente para a vulnerabilidade das partes, e este é um ponto de fundamental distinção quando o foco são os filhos menores, pessoas em desenvolvimento, a quem o ordenamento deve a máxima proteção.

Quanto às relações conjugais, não cabe ao legislador, de nenhuma forma, contribuir para agravar conflitos já profundos e maniqueístas, cheios de mágoa, que costumam vir à tona quando tais relações se dissolvem. É seu papel, portanto, resguardar, o máximo possível, as relações cordiais entre os ex-cônjuges, ou evitar que elas se deterioreem, não só mas também como uma forma de proteção dos filhos do casal. Sobretudo porque, como disse Elizabeth Roudinesco, e este deve ser o sentido a permear todos os nossos pensamentos nesta matéria:

A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.

Para concluir, uma última reflexão: como fazer para aplacar o avanço inexorável da lei do mercado no âmbito das relações existenciais, ou, de maneira ainda mais sucinta: como evitar que os sentimentos se tornem simples mercancias? Uma das respostas à esta questão, creio, já foi dada: o Direito de Família tem seus próprios remédios e estes é que devem ser fortalecidos.