



**UNIFACS**  
**UNIVERSIDADE SALVADOR**  
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES\*

**UNIVERSIDADE SALVADOR**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**JOSÉ AUGUSTO SANTIAGO SAMPAIO E RICARDO ALMEIDA  
MOTA RIBEIRO**

**(IM)POSSIBILIDADE DO DANO MORAL DO DIREITO DE  
FAMILIA**

Salvador  
2010

É notória a ampla demanda no direito brasileiro de ações judiciais que pleiteiam, cumuladamente ou não, danos morais. Este fenômeno já foi observado por diversos doutrinadores, cujos aportes nesta seara vão pelos caminhos mais diversos e refletem orientações opostas: ora se avalia com bons olhos a propalada amplitude da demanda, interpretando-a como exemplo de guarida de direitos inalienáveis e exercício de faculdade jurídica legítima em todos os casos, ora se lhe toma como prática execrável, nela enxergando a mercantilização dos sentimentos éticos - industrialização da indignação moral.

Com efeito, as demandas que pleiteiam as indenizações são tão populares, e por vezes motivadas por razões tão banais, que denominar este fenômeno de *industrialização do dano moral* talvez seja simplesmente exercer a faculdade de distinção crítica que nos assiste: denominar aquilo que ele de fato é, sem pejo de ofender quem porventura haja pleiteado danos morais *com razão*, razão jurídica e ética.

Naturalmente, não se pode confundir a *razão* ética de uma demanda com a legitimidade jurídica. Se em muitos casos existe inequívoca legitimidade jurídica processual; se nestas situações facultar-se-á o pagamento da referida quantia de acordo com o melhor direito material; se, por argumentos esgrimidos com habilidade, em consonância com as leis e Constituição, vier a calhar a vitória da parte que pleiteia o dano moral, ainda assim – urge dizer - a conseqüência jurídica perfeita não elide a dúvida quanto a justeza do pleito.

Quando se critica a industrialização do dano moral julga-se o fenômeno, primeiro, de acordo com a sua racionalidade ética. A falsa ética de Gerson, muito ao gosto do brasileiro, a antiética da malandragem e oportunismo entra na liça de armadura e espada, pronta a se bater com todos os argumentos jurídicos do mundo a seu favor. Tudo, enfim, para se arrancar uma vantagem pecuniária da qual muitas vezes sabe-se não ter direito eticamente lícito.

Não foge a questão imaginar se esta figura célebre da nossa cultura, Sra. Geise Arruda, realmente acredita ter o direito *eticamente legítimo* de receber R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) da faculdade Uniban pelo incidente do vestido cor-de-rosa. Pois fora esta a módica quantia pedida por Geise. Um milhão? Parece razoável imaginá-la,

mergulhada em sonhos vingativos pelo terrível acontecimento (que, aliás, lhe deu a chance de desfrutar do estrelato midiático) sofrendo moralmente na casa de um milhão de reais?

Não sabemos a que resultado chegou o processo, mas o interesse do caso não reside no resultado, mas na amostra – uma entre milhares – do tipo de utilização oportunista de uma possibilidade jurídica em si mesma legítima.

Foi, talvez, vendo diariamente esta utilização que alguns doutrinadores se posicionaram radicalmente contra os danos morais. Eles não apenas desqualificam certas pretensões, cujo ridículo mostra-se evidente, mas atacam o fundamento do instituto.

São poucos, e destes poucos, uma de suas vozes mais eloqüentes foi Calmon de Passos. Com sua característica verve crítica, escreve Calmon em um artigo cujo título resume o nosso ponto: *O imoral nas indenizações por dano moral*,

Nada mais suscetível de subjetivizar-se que a dor, Nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chora-la, porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos caripideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos.<sup>1</sup>

E ele, logo em seguida, vai ainda mais fundo na crítica do *fundamento* do dano moral,

A possibilidade, inclusive, de retiramos proveitos financeiros dessa nossa *dor oculta*, fez-nos atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis, quer como vítimas, quer como advogados ou magistrados. Para se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da *efetiva* dor do beneficiário, *desocultando*-a. Hipocritamente descartamos essa exigência, precisamente porque, quando real a dor, repugna ao que sofre pelo que é insubstituível substituí-lo pelo encorpamento de sua conta bancária. Daí termos também, na nossa sociedade cínica, construído uma nova forma de responsabilidade objetiva – a responsabilidade por danos morais à base de *standards* de moralidade abstrata, já que a moralidade concreta já nem consegue se fazer ouvir, de tão debilitada que está.<sup>2</sup>

Finalmente, satirizando a possibilidade de se conferir uma medida objetiva a um dano subjetivo, Calmon faz esta caricatura humorística,

Nosso tempo, tão rico em avanços tecnológicos e fantásticas descobertas no campo da biologia, já se anunciando que poderemos fabricar, no futuro, homens

---

<sup>1</sup> PASSOS,CALMON in [www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano\\_21.html](http://www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano_21.html) acesso em 15 de novembro de 2010

<sup>2</sup> PASSOS,CALMON in [www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano\\_21.html](http://www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano_21.html) acesso em 15 de novembro de 2010

dos tipos que forem socialmente necessários, certamente terá também, dentro em breve, condições de fabricar artefatos eletrônicos capazes de, mediante uma simples inserção de um cartão magnético específico no aparato, registrar quanto nos é devido pela ofensa moral de que fomos vítimas, caso registrável no programa elaborado com esse objetivo.. Com simplicidade e presteza, inclusive aliviando a tremenda sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário a as diabólicas tentações que acometem advogados, vítimas e julgadores, resolveremos tudo com presteza, objetividade, eliminando o risco de sermos achacados pelos excessivamente ambiciosos que postulam e dos excessivamente magnânimos que concedem.<sup>3</sup>

A idéia de Calmon de Passos, que ele apresenta na conclusão, é a de se eliminar o tipo de padronização do dano moral. Calmon ataca a terminologia equívoca – dano moral – como imprecisa. Pois não se trata de avaliar um dano cuja natureza sempre seja de ordem moral, mas de avaliar um dano de natureza não-material, donde a expressão dano moral substitui uma negativa lógica.

Mas, se a idéia de Calmon é solidamente fundamentada em uma concepção da responsabilidade subjetiva, na qual não se pode avaliar de modo *standard* o grau de dor advindo de um dano moral, por outro lado a conclusão final alcançada traz problemas pragmáticos. Ele assim descreve, nas últimas linhas do artigo, nesta longa citação

A circunstância dessa inviabilidade de determinação objetiva, material, do prejuízo experimentado pela vítima, não circunstancial, mas essencial, é que qualifica impropriamente o dano como *moral*, a meu ver com o grave prejuízo de correlacionar com a moral o que com ela nada tem a ver. Para obviar os inconvenientes que disso resultam, em termos de imprecisão jurídica e arbítrio judicial, temos que *desubjetivizar* esses danos, construindo referenciais de natureza social como parâmetros para sua definição e estimativa. Se pretendermos sair desses limites, estaremos introduzindo no jurídico o que no jurídico é inaceitável – a tutela do subjetivo não socialmente institucionalizado, a par do arbítrio aleatoriamente controlável do decisor. Sem esquecer a agravante de que na sociedade atual, laica, pluralista, hedonista e em que a "fulguração" dos acontecimentos não deixa rastros duradouros, tal como acontece com as estrelas cadentes, a moral tornou-se algo extremamente relativo, esgarçado e sem profundidade.

Destarte, pensar a responsabilidade civil e o ressarcimento dos danos morais não escapa dessa exigência, sendo mera falácia pretender-se argumentar em termos de valores absolutos, eternos, supra-históricos e universais. Assim como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa

---

<sup>3</sup> PASSOS,CALMON in [www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano\\_21.html](http://www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano_21.html) acesso em 15 de novembro de 2010

"dor" que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimento.<sup>4</sup>

Acontece que, e este é o problema da concepção de Calmon, é impossível passar da expressão do dano moral para a realidade psíquica deste dano. É lugar comum na filosofia da mente, bem como em toda a psicologia moderna, que a expressão das emoções e dos estados mentais em geral jamais permite o acesso a realidade subjetiva destes estados mentais.

Alguém pode expressar o quanto queira a sua dor, e sempre será possível supor que esta expressão é um teatro, pelo simples fato de que não podemos ter acesso direto as experiências subjetivas de dor. Quem tente atravessar a máscara do fingimento, quem tente reduzir os floreios retóricos da hipérbole fingida, descobrirá numa situação paradoxal: por mais que se esforce para alcançar o fundamento objetivo da dor, este fundamento sempre lhe escapará.

Se a idéia de Calmon fosse correta, sua aplicação implicaria em se criar outra indústria, ainda pior do que a indústria do dano moral: a indústria do fingimento profissional da dor. Pois não está fora da capacidade humana fingir de forma contínua, metódica e diária. Para se ter uma idéia da mendacidade humana, José Dirceu foi capaz de ocultar durante 20 anos a sua esposa sua verdadeira identidade.

A possibilidade deste *tour de force* psicológico sugere, por sua vez, a impossibilidade de estabelecer cânones de interpretação que permitam uma aferição da expressão da dor *com um mínimo de força de convencimento*. Afinal, este convencimento pode ser simulado com o devido treino. E outra coisa: muitas vezes a dor sentida com toda a intensidade não é expressa de uma forma que pareça, aos olhos de observadores externos, suficientemente convincente.

Faz parte da experiência comum humana aquela situação infeliz na qual alguém sofre, mas por não expressar o seu sofrimento, os outros são incapazes de notá-lo. Às vezes a dor induz a vergonha, às vezes a personalidade sofredora é discreta, às vezes a dor mais

---

<sup>4</sup> PASSOS,CALMON in [www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano\\_21.html](http://www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano_21.html) acesso em 15 de novembro de 2010

forte se expressa justamente por meio de uma apatia e indiferença confundida com ausência de sensibilidade.

Muitas são as hipóteses nas quais o abismo entre expressão e realidade psíquica se abre; e que magistrado pode avaliar a fundo estas hipóteses no trâmite de um processo?

Ademais, avaliar esta força de convencimento não depende apenas da honestidade de quem a emite, mas depende da idoneidade de quem a observa. Imagine-se o caso dos mesmos magistrados satirizados por Calmon diante de uma demonstração supostamente convincente da dor.

Quem poderá avaliar a eles próprios em sua avaliação? E se houvesse alguma instância apta a fazê-lo – digamos, um conjunto de psicólogos contratados pela justiça – o mesmo problema da idoneidade se imiscuiria nesta relação, porquanto fosse preciso criar uma nova instância superior para julgá-los e assim sucessivamente. A justiça cairia em um regresso *ad infinitum*, no qual o único limite possível seria um julgador aprioristicamente inocente. Mas não há inocência perfeita sob o céu.

Então, isto quer dizer que a solução proposta por Calmon não resolve nada e introduz outros problemas. Isto significa que se o argumento dele estiver correto, então o instituto do dano moral foi virtualmente refutado, pois é ilegítimo como se encontra atualmente e não pode ser resolvido pela solução do seu melhor crítico. Impõe-se o dever de sairmos desse dilema apelando para uma recolocação do problema.

Porém, esta recolocação do problema não será uma recolocação abstrata em razão de dois inconvenientes: a) a solução abstrata de problemas jurídicos escamoteia a questão acerca da aplicabilidade prática destas soluções, e esta questão importa a uma disciplina como o direito, de cunho eminentemente prático<sup>5</sup> b) a solução abstrata não deixa

---

<sup>5</sup> O cunho prático que ora se atribui ao direito, não o leva a ser confundido com a adesão a postulados tecnicista. Não entra em jogo aqui uma definição demasiado restritiva da disciplina jurídica – ciência *latu sensu* – mas apenas convém destacar a finalidade do direito. Esta finalidade, uma vez que se encontra atrelada a modificação na realidade fática, ao invés do conhecimento como finalidade enquanto tal (como se encontra nas *hard sciences* e nas ciências do Espírito clássicas) pode ser classificada como técnica, sem que nesta classificação se introduza o menosprezo cabível a disciplinas tecnicistas. Por vezes, alguns doutrinadores – pensamos especialmente em Tércio Sampaio Ferraz Jr. – classificam o direito como *arte*, pois o aproximam da literatura e da expressão poética de modo geral, com o fito de enfatizar os aspectos dinâmicos, performativos e criativos do direito. Não negamos a existência destes aspectos. Contudo, parece-nos demasiado simplista buscar traçar uma definição, cujo risco indelével tenha sido tomado de considerações deste jaez, as quais prescindem do exame do objeto e o substituem por vagas considerações de proximidade.

entrever a mediação entre lógica conceitual e lógica da experiência, e desta mediação depende a validade de raciocínios jurídicos, os quais não podem ser válidos apenas sob o plano de uma norma deôntica ou como o resultado de um cálculo de predicados<sup>6</sup>.

Da constatação de um duplo inconveniente, deduz-se a obrigatoriedade de sairmos da esfera platônica dos conceitos para a terra aristotélica dos exemplos. Evocada a memória deste último, faremos à maneira das distinções legadas por ele: vamos passar do gênero a espécie.

Neste caso, o gênero é a discussão do dano moral na doutrina jurídica genericamente, ao passo que a espécie é a discussão específica do dano moral na doutrina do *direito de família*.

Descer a um ramo do direito civil proporcionará clareza à discussão, aproximando-a, pois, da realidade fática para a qual todas as soluções lógicas devem convergir. Clareza tanto maior quando o direito de família constitui-se em um campo fértil de exemplos cotidianos, portanto condizente com as necessidades de um tratamento pragmático como ora desfraldamos.

---

Tal exame deve ser feito conforme as regras de definição aristotélicas, que pressupõe a localização da espécie em um gênero, cujos caracteres gerais sejam capazes de abarcar a espécie perfeitamente, assim como um conceito de intensão mais ampla abarca um conceito de intensão mais restrita. Entretanto, considerando que a finalidade de arte é, e isto conscientemente desde a formulação de Nicolas Poussin da *l'art pour l'art*, uma finalidade de ordem desinteressada e contemplativa, ou seja, o prazer estético, seja lá como se possa obtê-lo, e seja lá a sua definição teórica, então, digo, o direito não pode ser enquadrado como arte, porquanto sua finalidade é da ordem da ação no mundo, e não da contemplação.

<sup>6</sup> A validade da solução de Calmon é obviamente de um tipo puramente ideal. Ela pressupõe condições ótimas na sociedade para poder ser aplicável, porém estas condições são negadas pela própria argumentação de Calmon, inclusive com o tom de sua humorística sátira. Acontece ainda que nenhuma solução jurídica, por elegante que seja, sustenta-se no plano da pura abstração, exceto quando se tratam de soluções inócuas de cunho meramente formal. Mas, mesmo no caso destas soluções é preciso estar atento, com atilada inteligência crítica, para a possibilidade tentadora de contaminação da solução formal pela realidade fática e vice-versa. Em outros termos, uma solução formal pode aparentar ser meramente de cunho abstrato quando, na meditação do seu enquadramento no esquema do ordenamento jurídico, ela gera conseqüências de ordem prática, se não por si mesma, ao menos nos reflexos indiretos que ela provoca no próprio esquema abstrato para o qual ela se apresenta como solução. Há um perigo inerente a isto que, do ponto de vista de uma ciência positiva alijada de questões valorativas, talvez seja de menor monta. Todavia, não nos parece que uma ciência assim construída é capaz de dar conta da finalidade específica do direito e, nesta observação, talvez resida à crítica principal a ser feita contra o projeto de Kelsen. Pois, se o direito fosse uma tabua da *ars magna* de Lúlio, ou uma axiomática de tipo hilbertiano, nada teria a objetar, de nossa parte, a uma tentativa deste tipo, posto que tendo este escopo as conseqüências práticas não seriam – e elas existem, em tudo – da natureza da finalidade do direito. Ao contrário. Estas produções de puro luxo intelectual, como saídas da fantasia de um geômetra, não possuem finalidade prática em si mesma, e, portanto, estão completas sob o aspecto da sua essência ao estabelecer as categorias e suas relações – sejam estas relações de tipo matemático ou uma combinatória de categorias da ciência medieval – ao passo que, no direito, a completude de sentido só se alcança com a realização das finalidades práticas para as quais ele existe.

Dito isso, há de se sublinhar, preliminarmente, que o trato do problema do dano moral no direito de família segue as mesmas linhas mestras traçada por Calmon de Passos: ocorre a banalização do instituto, que deixou de proteger o cidadão contra abusos de outro e, assim, passou a tornar uma ferramenta de ameaça e obtenção de vantagem econômica.

Porém, este abuso não se reflete em uma torrente de pedidos de dano moral, como acontece em outros ramos do direito. Há certas peculiaridades no direito de família, concernentes a este assunto, que impõe uma lida mais cuidadosa e paciente com o instituto.

Tendo já feito um intróito bastante crítico ao dano moral, não se pode esquecer sua origem finalística - o real direito sendo pleiteado. Neste sentido, posiciona-se o ilustre HUMBERTO THEODORO JUNIOR quando diz,

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos, mas íntimos da personalidade humana(‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua(‘o da reputação ou da consideração social’). Derivam portanto da “prática atentatória a personalidade humana”(STJ, 3ª T., voto do relator EDUARDO RIBEIRO, no resp 4.236, in BUSSADA, sumulas do STJ, São Paulo, jurídica brasileira, 1995, v.I, p.680)<sup>7</sup>

Analisando este instituto à luz do direito de família, percebe-se que os pedidos de indenização por danos morais no direito de família são em muito menor número em comparação com os pedidos nos demais ramos do direito civil. Isto acontece por um motivo muito simples: o direito de família não possui normatização no seu bojo que vise à reparação de danos. Acerca disso, Ana Paula Silva

No campo da responsabilidade civil, a família nunca recebeu tratamento específico, uma vez que a lei infraconstitucional responsável pela normatização do direito de família não avançou no tema, permanecendo arcaica em diversos pontos, englobando principais abarcados pelo antigo código civil. Resultado: a lei civil vigente não evoluiu positivamente no que concerne ao direito de família, principalmente no que diz respeito à aplicação do dano moral no âmbito familiar<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> THEODORO, Humberto in [www.jusbrasil.com.br/.../apelacao-civel-ac-2559528-pr-apelacao-civel-0255952-8-tjpr](http://www.jusbrasil.com.br/.../apelacao-civel-ac-2559528-pr-apelacao-civel-0255952-8-tjpr) acesso em 15 de novembro de 2010

<sup>8</sup> SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. Disponível em: . Acesso em: 25 de maio de 2007.



Ora, frente a este engessamento normativo, como ficaria a resposta jurisdicional quando o magistrado fosse provocado acerca da reparação dos danos na seara da família?

Ele negaria seu provimento, não reconhecendo a abrangência do mesmo no direito de família, negando o instituto ao cidadão que foi ofendido em sua incolumidade psicológica, deixando as relações familiares à margem da lei? Pois bem, assim parece; contudo, doutrina e jurisprudência militam em prol da aplicação do artigo 186 do cc/2002

**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

Não sendo expressa a falta de disposição legal, esta não inviabilizaria sua aplicação. Para que fosse inviabilizada seria necessário que não houvesse nenhuma previsão concernente ao dano moral no âmbito maior do direito civil; do contrário, aplicar-se-ia as disposições contidas no direito civil ao seu ramo mais específico, como argumenta Regina Beatriz Tavares da Silva dos Santos,

Se não existe regra que autorize, inexistente regra que desautorize, que impeça a reparação, passando, portanto, a ser autorizado, pela regra geral, hoje do artigo 186 do código civil<sup>9</sup>

Em um sentido oposto, há críticas a esta aplicação.

Uma delas versa sobre a monetarização do afeto, e, de certo modo, traduz a concepção de Calmon de Passos para um campo mais restrito. Tomam estas críticas fundamento análogo, quando se afirma nelas que as relações na família são regidas por vínculos afetivos, não podendo a quebra dos vínculos afetivos ser reparada por indenização pecuniária.

Este argumento equivale a dizer algo como - “o amor não tem preço”, diante do que um cínico poderia replicar: mas, para tudo o mais, existe *master card*. Sem envergarmos os trajes do cínico, faz-se mister distinguir entre o que jamais poderá ter qualquer preço e aquilo que, a bem da verdade, *deve possuir um preço*, porquanto não seja em si mesmo um valor monetário.

---

<sup>9</sup> TAVARES, Regina Beatriz in [www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/direitofamilia](http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/direitofamilia) acesso em 14 de novembro de 2010

Devemos aferir que esta crítica – a do amor impagável - se baseia em uma forma algo poética de enxergar a realidade, forma que tenta sacralizar o sentimento humano.

Sentimentos humanos se estabelecem em condições concretas de reciprocidade; raiva, amor, ódio, vingança são sentimentos que nascem de situações de reciprocidade real ou imaginária e, se por um lado não possuem em si mesmos um valor monetário, este valor se impõe quando é impossível manter o equilíbrio da reciprocidade de outro modo.

Imagine-se um caso de um homem que fora ferido em sua moral, de tal forma que a ele caiba, em princípio, danos morais. Quem argumenta contra tais danos baseado na lógica do amor impagável, e esquece o indefectivo *master card*, parece falar à guisa de admoestação do sentimento contra o maquiavélico raciocínio capitalista.

Acontece que na vida real o sentimento também pede circunstâncias de reciprocidade. Se, em tantos casos quanto estas circunstâncias não se apresentavam, cabia a solução por via da autotutela – o que é lavar a honra do homem traído com sangue senão isto; se, em outros casos, cabia um indefinido mal-estar entre famílias, que ocasionava *vendettas* intermináveis, as quais se estendiam entre gerações, é porque a solução da reciprocidade dos maus sentimentos não poderia ser outra exceto uma solução tomada pelo sujeito individualmente.

Esta solução não exigia a mediação do Estado como garantidor da reciprocidade *in extremis*; por isso mesmos podia ser solucionada por estas vias. Contudo, quando o Estado se interpõe entre os indivíduos, e os problemas ocasionados no âmbito da moral, ou do que Calmon designaria como sendo os aspectos não-físicos valorados pelo dano moral, então o Estado precisa manter a reciprocidade anímica por uma via, ela própria não-anímica.

Pois, além de ser impossível adentrar na mente dos homens para obrigá-los a uma reparação que, em situações de dano moral, só poderia ser de tipo voluntário e motivado pelo aguilhão do arrependimento, ao Estado não cabe sequer tentá-lo. Com efeito, se o tentasse e conseguisse esta seria a mais cruel das tiranias estatais: a tirania do pensamento.

Quando o Estado tentou algo semelhante – mas, sem estas finalidades inspiradas pelo amor romanticamente livre de considerações financeiras – o mundo apavorou-se com o

que Jakob Burckhardt chamou, nas palavras proféticas das Cartas, de a cabeça autoritária da medusa: nenhum governo quis adentrar tão fundo na mente humana quanto os governos totalitários.

Mas, mesmo estes governos jamais conseguiram extirpar a liberdade do Espírito, que é sempre insubornável; não pode sucumbir às tiranias do pensamento e, se exteriormente o indivíduo submete-se, interiormente haverá sempre o lapso entre a inoculação da ideologia e sua absorção.

Substituindo a esta tirania, cruel e impossível, o que faz o Estado é bem mais simples. Ele afere, de modo aproximativo, guardado a diferença de natureza entre os elementos de comparação – a dor e o valor monetário relativo a ela – com o objetivo de instaurar a mediação que garantirá novamente a reciprocidade rompida.

E ele só pode fazê-lo de um modo: sob a forma de norma jurídica concreta; esta norma, por seu turno, não pode estipular obrigações de consciência, donde se deduz que as obrigações estipuláveis só podem ser de tipo externo e material. Dentre as múltiplas possibilidades de obrigação material e externa, escolheu-se a obrigação pecuniária por motivo cristalino: a universalidade do dinheiro. Explica-se.

Desde Heine e Marx, salientou-se a natureza do dinheiro como ente proteiforme. Não é difícil compreender porque o dinheiro é bem, normalmente, mais apreciado do que todos os outros bens particulares: porque ele não é nenhum bem particular, mas sua função constitui-se em oferecer a possibilidade de aquisição e troca de todos os outros bens materiais particulares.

Este caráter universal, proteiforme, do dinheiro o torna mais apto a ser o bem material por excelência – a contraparte externa e tangível que o Estado necessita para restabelecer as relações de reciprocidade, sob a cúpula do respeito às normas e da equidade entre os homens.

Então, pode ser incômodo ver o dinheiro imiscuir-se nas relações humanas mais íntimas; porém, em virtude da necessidade de manter a reciprocidade pela via da ação anônima do Estado, que por sua vez opera de modo a conter as soluções pessoais vindicativas e de modo a oferecer uma contrapartida objetiva a quem não se contente com o

arrependimento e os atos dele decorrentes (ou talvez não o encontre), logo é preciso suportar esta consequência.

A despeito do protesto dos idealistas, a situação não pode ser alterada simplesmente. A não ser, é claro, que os doutrinadores ao invés de esgrimirem um idealismo passivo, mui hábil na crítica e parco em soluções, eles sejam capazes de resolver o problema. Como diria Dadá Maravilha: não me dê problemáticas, eu quero *é solucionáticas!*

Também não se quer reduzir as relações humanas a sua monetarização, mas sob um viés utilitarista, não há outra forma de tratar a questão: deve-se impor o dever de indenizar em pecúnia, ao menos, ao ofendido será reconhecido seu direito, o que por si só, em muito contribui para a realização da justiça

O sec. XX foi marcado pelo triunfo do liberalismo e da econômica de mercado, no qual a lógica capitalista passou a reger as relações sociais, imprimindo a estas relações a marca inconfundível da monetarização. Considerando-se que esta ideologia encontra-se respaldada pelo ordenamento jurídico, tem-se a pena pecuniária como um produto do tipo de mentalidade que instaurou a ideologia liberal.

Pode-se eventualmente criticá-la, decerto, porém que estas críticas apresentem soluções viáveis para o problema. Uma crítica como a de Calmon de Passos, conquanto em si mesmo brilhante, finda sem solução possível, como já vimos. Parece acontecer algo semelhante com as críticas dos doutrinadores a possibilidade de se exigir pagamento dos danos morais no direito de família.

Com o surgimento do dano moral, as ofensas acometidas ao psicológico e a moral do indivíduo passaram a ser valoradas, isto é, o caráter subjetivo do homem passou a ser quantificado, algo como “o preço da honra”.

Pois bem, trazendo essa discussão ao bojo do direito de família, reconhece a dificuldade de tratar de tais assuntos em linguagem vulgar e estabelecer uma quantia.

Pois bem, dentro de uma ótica positivista, deveria então existir um valor fixo para situação, ex: infidelidade, cônjuge traído pode requerer o valor x em danos morais. Analisando a questão sobre este ponto, ocorre uma depreciação do instituto, a idéia não é que a vítima “ganhe” dinheiro, mas que a mesma tenha seu direito reconhecido e que o

valor pleiteado traduza a dor que sentiu.por isso entende-se que deve ser o arbítrio do juiz que fixara o valor do dano moral.

Só ele, analisando a lide, poderá aferir, de forma imparcial o quinhão devido.

Claro que o magistrado precisar ser dotado de sensibilidade e acima de tudo, bom senso. Por fim, para ainda mencionar uma divergência, milita a doutrina contrária a existência dos danos morais no direito de família, a que alega a já existência de sanções específicas a violação aos deveres familiares, o que tornaria incoerente a existência da aplicação de uma sanção não prevista de forma expressa, já existindo outra sanção específica

Para confrontarmos com este questionamento, trazemos a afirmação de Clovis Bevilacqua

A fonte imediata do direito é a lei. Esta, porem por mais que se alarguem as suas generalizações, por mais que espiritualize, jamais poderá compreender a infinita variedade dos fenômenos sociais que emergem da elaboração constante da vida e vem pedir garantias do direito<sup>10</sup>

Após analisar a possibilidade jurídica de pleitear danos morais no direito de família, agora convêm analisar situações corriqueiras na sociedade capaz do pleito indenizatório, antes porem, lembrando o conceito de direito de família, para não incorremos no risco de atribuímos segmentos em excesso ou omitirmos em demasia,

Diz Bevilacqua,

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela<sup>11</sup>

Logo, não se resume apenas à relação conjugal, englobando também as relações de filiação, tutela e curatela.

Vide o comentário de Ana Paula Pinto da Silva:

Todavia é notório que o dano moral deve ser oriundo de uma conduta que ocasione a vítima sofrimento profundo, dor moral no sentido mais amplo, oriundo da pratica de atos considerados inadmissíveis, cujo o rol pode ser inesgotável, pois na atualidade são inúmeras as situações que podem ensejar o dano moral no âmbito do direito de familia,e não somente na esfera das relações conjugais, mas também no tocante estado de filiação,como exemplo, nos casos

---

<sup>10</sup> BEVILAQUA,CLOVIS IN [www.direitonet.com.br/.../Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento](http://www.direitonet.com.br/.../Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento) acesso em 15 de novembro de 2010

<sup>11</sup> BEVILAQUA,CLOVIS IN [www.direitonet.com.br/.../Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento](http://www.direitonet.com.br/.../Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento) acesso em 15 de novembro de 2010

de abandono material, intelectual e moral do filho, e ainda, na negativa de reconhecimento da filiação<sup>12</sup>

No direito de família, as relações desta seara são mais sensíveis que as demais. A rejeição paterna, a difamação do cônjuge infiel, enfim, a própria infidelidade, são oriundas de relações que no seu início eram pautadas pela confiança, respeito e afetividade. Diferentemente da atitude de um estranho, a vítima que pleiteia o dano moral na seara família, carrega consigo um sofrimento, na melhor definição do termo.

Em uma sociedade em que a família é a base estrutural, o indivíduo que vê esta relação se deteriorar, perde o seu "porto seguro", sua referência moral e ética, e muitas vezes financeira. Enfim, é uma dor maior - a dor da rejeição.

O direito deve proteger estas relações, e quando não mais possível, apara a vítima, de forma a criar mecanismos psicológicos para a sua recuperação. A sentença que defere o pleito de danos morais carrega consigo aquilo que o direito a muito se esqueceu, o sentimento de justiça, a vítima, exposta a toda aquela situação degradante, encontra amparo ao ver o seu pleito reconhecido.

Esta sentença não produz efeitos apenas no campo material, mas também na psique do indivíduo, é o estado dizendo que no fim, ela, que sofreu todas as humilhações, esta certa.

Outro aspecto a ser abordado da sentença que muito causa controvérsias doutrinárias, refere-se ao valor quantificado no dano moral.

Verdade que em comparação com os outros ramos do direito civil, o dano moral que atola o judiciário brasileiro, criando aquilo que foi chamado de indústria do dano moral, se percebe tímido no direito de família, a sua prática ainda é tênue, devido ao preconceito que impera ao traduzir as relações humanas em forma de pecúnia.

Feitas estas considerações de ordem teórica, deve-se embasá-las na prática do direito corrente. Esta prática consubstancia os princípios que foram delineados até aqui e mostra que o dano moral avulta também no direito de família.

---

<sup>12</sup> SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. Disponível em: . Acesso em: 25 de maio de 2007.

Mas, como já foi tecida em uma das notas de rodapé, um louvor ao caráter pragmático do direito, então convêm apoiar o raciocínio abstrato que ora foi tecido em julgados. Estes julgados vão no sentido de permitir o dano moral no direito de família,

Relevante, quanto à paternidade e aos alimentos, a conclusão do julgado do STJ<sup>13</sup> : Tocante ao valor da indenização, lembro que substancialmente se cuida de matéria de fato, que permite a intervenção deste Tribunal nos casos de evidente equívoco, para mais ou menos, o que não acontece na espécie, na qual devem ser ponderadas as especialíssimas circunstâncias do fato e as condições sociais e econômicas das partes envolvidas. Não há parâmetro legal que deva ser obedecido para esse arbitramento. Se fosse redimensionar a verba indenizatória, não haveria condições de aferir, sem revolver fatos, que valor melhor se ajustaria ao caso, especialmente por não ter sido esclarecido nas instâncias ordinárias se a ré teria ou não condições de suportar condenação em quantia mais elevada. O autor referiu o fato do adultério para solicitar a reparação moral, sem acentuar a perda definitiva que sofreu ao tomar conhecimento de que a criança não era sua filha, o que eventualmente poderia ser mais um elemento a considerar para a elevação da verba.<sup>14</sup>

E ainda, neste mesmo viés,

Ementa: 1. Ação de indenização por dano moral decorrente de adultério comprovado. 2. Sentença de improcedência, ao fundamento de falência anterior do casamento. 3. O dever de fidelidade recíproca permanece enquanto o casal reside sob o mesmo teto. 4. Somente a separação de corpos poderia liberar qualquer dos cônjuges daquele dever conjugal. 5. **O adultério autoriza ação de indenização por danos materiais e morais.** 6. Abalo da honra subjetiva e objetiva do autor, que leva à procedência da pretensão. 7. Provimento do recurso. Ementa do voto vencido do Des. Fernando Cabral: Ação de indenização por dano moral. Adultério. Relação conjugal estremecida antecedentemente. Flagrante policial deflagrado pelo próprio marido. Alegação de que o ato ilícito de sua ex-esposa deu causa à humilhação e vexame por ele suportados, em razão de comentários da vizinhança e de amigos dos quais acabou sendo alvo. Inexistência de nexo causal entre o relacionamento mantido por sua ex-esposa com outro homem e o evento escandaloso provocado pela ação do próprio ofendido. Voto vencido que mantém íntegra a sentença de primeiro grau<sup>15</sup>

E ainda,

DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. DANO MORAL. 1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal. 2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expreso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação

---

<sup>13</sup> REsp n. 412.684-SP, v.u.

<sup>14</sup> RESP n. 412.684-SP, v.u.

<sup>15</sup> TJ-RJ, Apelação nº 2006.001.05862, quarta câmara cível, Des. Paulo Maurício Pereira, 04/04/2006.

pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). 3) **A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido.** 4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1573, Código Civil). 5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00<sup>16</sup>

Novamente,

Ementa:Dano moral - Adulterio - Inocorrência - **Muito embora o adultério seja fato incontroverso, o dano moral não decorre necessariamente da sua ocorrência - Ausência de prova de difamação causada pelo ato** - Recurso do réu provido para a ação ser julgada improcedente - Recurso adesivo improvido<sup>17</sup>

E,

Ementa:“CASAMENTO. ADULTÉRIO. DANO MORAL NÃO CONFIGURAÇÃO - **para que o adultério se traduza em dano moral é necessário repercussão extraordinária do fato e não, apenas, as consequências que lhes são ínsitas.** Sendo a prova dos autos insuficiente tal, cabe a improcedência da pretensão - recurso provido<sup>18</sup>

Estas duas últimas ementas transcritas, porém, fazem a ressalva segundo a qual o dano moral só pode ocorrer quando existe situação vexatória excepcional. Porém, esta ressalva, aliás, cabível, revela justamente que o dano moral mostra-se cabível em certas circunstâncias. Isto, evidentemente, casa com a tese ora defendida.

Contudo, ainda existe jurisprudência relevante que traz posicionamento contrário. Por obrigação de honestidade intelectual transcrevemos,

Ementa: Processo Civil Agravo retido. Pretensão de recebimento de condenação por dano moral. Impossibilidade. **Pedido de separação litigiosa que, apesar dos dissabores, não pode gerar direito à indenização por dano moral.** Agravo desprovido. Processo civil. Agravo retido. Pedido de quebra de sigilo bancário de terceiros. Pedido injustificado. Agravo desprovido. Processo civil. Agravo retido. Inconformismo com o encerramento da fase de instrução. Bem demonstrada a condição patrimonial do cônjuge varão. Desnecessária a continuidade a instrução. Agravo desprovido. Separação judicial litigiosa. Demonstrada a culpa do cônjuge varão pela ruptura da vida em comum. Questões econômicas decorrentes da partilha de bens do casal que devem ser solucionadas em processo próprio.

---

<sup>16</sup> TJ-RJ, Apelação nº 2007.001.4220, décima segunda câmara cível, Des. Werson Rego, 18/09/2007

<sup>17</sup> TJ-SP, Apelação Com Revisão 1794264000, 3ª Câmara de Direito Privado A, Relatora Andrea Ferraz Musa Haenel, 11/09/2006

<sup>18</sup> TJ-SP, Apelação com revisão 2289854100, 3ª Câmara de Direito Privado A, Relator Marcelo Benacchio, 25/07/2006.



Reconvenção improcedente. Recurso da autora parcialmente provido e desprovido o apelo do réu<sup>19</sup>

Feitas estas considerações, é de rematada certeza que a temática do dano moral no direito de família deve ser tratada conforme as balizas que ora foram erguidas. Espera-se que este artigo represente uma clarificação do problema, ao menos no nível do conceito.

---

<sup>19</sup> TJ-SP, Apelação Cível nº 581.299.4/6-00, 2ª Câmara de Direito Privado, **Relator** Boris Kauffmann, 18/12/2008

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA,CLOVIS IN [www.direitonet.com.br/.../Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento](http://www.direitonet.com.br/.../Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento) acesso em 15 de novembro de 2010

PASSOS,CALMON in [www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano\\_21.html](http://www.adreferendum.net/2009/08/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano_21.html) acesso em 15 de novembro de 2010

DINIZ,Maria helena, **Direito civil** V, 27ª Ed. Saraiva

GOUVÊA , José Roberto F. e NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**, 24ª. Ed. Saraiva.

SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. Disponível em: . Acesso em: 25 de maio de 2007.

TAVARES,Regina Beatriz in [www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/direitofamilia](http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/direitofamilia) acesso em 14 de novembro de 2010

THEODORO,Humberto in[www.jusbrasil.com.br/.../apelacao-civel-ac-2559528-pr-apelacao-civel-0255952-8-tjpr](http://www.jusbrasil.com.br/.../apelacao-civel-ac-2559528-pr-apelacao-civel-0255952-8-tjpr) acesso em 15 de novembro de 2010