

Fernando Gonçalves é o novo diretor-geral da Enfam



STJ e Enfam assinam acordos de cooperação técnica com universidades do Rio de Janeiro

pág. 2

Estado laico não é ateu
por Ives Gandra da Silva
Martins Filho

pág. 5

A internacionalização da
Justiça e a denominada
"diplomacia judicial"
por Jorge Carrera
Doménech

pág. 14



Ministro Fernando
Gonçalves recebe visita
de magistrados do
Fonavid

pág. 16



Ministro Cesar Asfor Rocha, presidente do STJ, parabeniza ministro Fernando Gonçalves

Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 1996, Fernando Gonçalves é mineiro, de Belo Horizonte. Iniciou suas atividades no cargo de Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais e, em 1976, ingressou na magistratura federal. Em sua notável carreira como magistrado, exerceu diversos cargos de relevância. Foi presidente da 3.^a Turma e da 2.^a Seção do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região e membro do Conselho de Administração daquela Corte. Na qualidade de ministro do Superior Tribunal de Justiça, desempenhou as funções de presidente da 6.^a Turma do STJ,

coordenador-geral da Justiça Federal, diretor da Revista do STJ e, atualmente, é ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

Na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), ocupou, no primeiro período de gestão após a instalação da Escola, o cargo de Vice-Diretor. Agora, empossado Diretor-Geral da Enfam, o Ministro Fernando Gonçalves, na primeira edição deste Boletim, deu entrevista em que fala sobre o significado e a importância da Escola e sobre as propostas e projetos que pretende colocar em ação durante seu mandato.

pág. 3

O dano moral na dissolução matrimonial

por Paulo Lins e Silva



“
Considerando-se que o instituto da responsabilidade civil é amplo, podendo certamente ser aplicado ao Direito de Família, nada impede que construção pretoriana moderna comece a se formar a favor do tema.
 ”

A primeira noção da discussão internacional sobre essa matéria senti, pessoalmente, em julho de 1975, durante um simpósio sobre a Reforma do Direito de Família na Europa, quando se desenvolvia o então criado instituto do *dommage intéret* na França. Recordo-me da participação, na época, de Gerard Cornu, Gerardo Trejos e Vogel, entre outros presentes no evento, realizado em Luxemburgo.

De início é importante esclarecer que a imputação dos efeitos da responsabilidade civil em razão de danos morais nos processos de dissolução matrimonial a um dos consortes implica, consequência lógica, a atribuição de culpa pelo término da relação conjugal por um de seus participantes.

Desse modo, é imperioso voltar alguns anos na linha do tempo que definiu os grandes marcos do Direito de Família para contextualizar o surgimento da idéia de culpa na separação dos cônjuges. Deve-se a idéia de culpa aos princípios morais inseridos pela Igreja na sociedade. Ocorre que para essa instituição, segundo os dogmas trazidos pela Lei Canônica, o casamento deve ser ato eterno, pois “o que Deus une o homem não separa”.

O divórcio era admitido pela igreja, portanto, apenas em hipóteses muito excepcionais, encontrando respaldo somente em caso de adultério, de abandono ou de ilícitos penais. Assim, o vínculo matrimonial com a benção de Deus somente poderia ser desfeito se comprovada a culpa de um dos cônjuges em uma das conjecturas descritas.¹

Conforme assevera Regina Beatriz Tavares da Silva Papa Santos, no Direito Romano já se admitia a existência de mecanismos de caráter sancionador ou punitivo à parte que desse causa à dissolução do matrimônio.²

O nosso Código Civil de 1916, de características bem patriarcais, imuniava o homem contra as consequências sancionais na dissolução de um casamento, chamado na época de “desquite litigioso”. Enquanto a mulher adúltera era condenada à perda dos alimentos, do uso do patronímico de seu marido, da guarda dos filhos e era execrada socialmente com a pecha de “adúltera”, o homem não recebia sanções de forma a nivelar-se às femininas.

Muitas vezes era comum a mulher tomar as iniciativas litigiosas como prova inequívoca de infidelidade do marido, visando condená-lo como cônjuge culpado. O resultado, após a citação, era a confissão por parte do marido; por consequência, julgava-se procedente a ação e decretava-se a separação apenas com a sanção decorrente da sucumbência do marido-réu.

Essa cultura remonta a muitos séculos, quando, inclusive no antigo Egito, na legislação de Hamurabi, somente se previa a condenação feminina como adúltera, sancionada com o afogamento no rio Eufrates, enquanto sobre a figura marital a legislação se omitia.

Atualmente, pode-se dizer que o procedimento de auferir culpa a um dos cônjuges começa a ser ultrapassado, e é certo afirmar que os resquícios que ainda se apresentam em relação ao assunto se devem à herança do Direito Canônico e à dificuldade de nosso

Estado laico em quebrar o tão antigo costume social da culpa.³

Em consonância com o moderno entendimento que expurga a culpa das relações matrimoniais, há resistência à aplicação do dano moral na dissolução conjugal. Não obstante, a doutrina pátria posicionou entendimentos que podem ser divididos em três distintas correntes acerca do tema em tela.

Assim, alguns apregoam a não-aplicação dos danos morais quando finda a relação matrimonial, outros defendem que um dos cônjuges deve ser responsabilizado civilmente pelo dano moral causado ao outro cônjuge apenas em casos de delitos penais, enquanto, em outro extremo, encontram-se os que defendem a aplicação irrestrita do dano moral ao fim das sociedades conjugais.

Normalmente os Tribunais têm aceitado a reparação apenas nos casos da prática de crime contra o cônjuge inocente, o que nada mais é que a aplicação da responsabilidade civil *ex delicto*, indenização decorrente de um ato que afetou diretamente a ordem social, ensejando, paralelamente à punição, o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.

Para os que se filiam a esse posicionamento, o argumento principal colhe embasamento no fato de que o descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos – infração prevista no Direito das Obrigações –, mas sim nas infrações estabelecidas no Direito de Família. Dessa forma, levando-se em conta que no direito familiar não há previsão de responsabilidade civil, o cônjuge inocente não teria base para pleitear dano moral pela dissolução conjugal, cabendo às ditas infrações conjugais soluções fixadas em sede de Direito de Família, que correspondem a declaração de culpa em si, obrigação ou exoneração alimentícia, obrigação de partilhar bens conforme o regime de casamento, perda da guarda dos filhos, perda do direito de uso do nome do outro cônjuge.⁴

Há também quem anuncie posicionamento favorável à aplicação dos danos morais provenientes do fim do enlace matrimonial, mas ampara-se na mesma ressalva de que o cabimento

¹ KLEIN, Fabiane. A polêmica sobre a abstração da culpa na separação judicial litigiosa. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). **O direito de família descobrindo novos caminhos**. Canoas: Editora La Sale, 2001. p. 47-8.

² SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

³ WELTER, Pedro Belmiro. **A secularização da culpa no Direito de Família**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.
⁴ Humberto Theodoro Júnior. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

da responsabilidade civil só poderia ser aplicado quando satisfeita a condição delituosa do ato que enseja a dissolução do matrimônio.⁵ Ora, essa solução em nada se diferencia daquela explicitada linhas acima, pois de nada adianta posicionar-se a favor da aplicação dos danos morais, impondo a mesma condição de que o ato deve ser um delito penal, porque, quando o ato é configurado como delito, já há natural dever de indenizar pela parte que a ele deu causa, sendo cônjuge ou não.

O real posicionamento a favor dos danos morais na hipótese aqui em epígrafe vai de encontro à corrente que admite os danos morais nas dissoluções matrimoniais apenas quando há conduta de um dos cônjuges tipificada como criminosa. É que a infração penal, independentemente de a vítima vincular-se ao opressor por meio do matrimônio, determina reparação por danos morais. O fato de haver ligação matrimonial entre vítima e agressor apenas pode servir como fator agravante, mas nunca condicionante à aplicação dos danos morais. Muitas condutas ofensivas realizadas pelos cônjuges não são tipificadas no código penal, e nem por isso merecem o desamparo da obrigação civil de ressarcimento: "O casamento não pode ser considerado como circunstância jurídica aos direitos da personalidade, de modo que o ofendido permaneça em situação de desvantagem quando a violação partir de conduta praticada por seu consorte".⁶

Ocorre que a ordem constitucional admite expressamente a reparação pecuniária do dano moral, não se podendo excluir dessa garantia os danos praticados em âmbito matrimonial, caso esses caracterizem conduta lesiva à dignidade da vítima, o que impõe o dever de indenizar.⁷

Ademais, o diploma civil estabelece sistema amplo com relação à obrigação de indenizar. Assim, apesar de haver regulamentação própria para o casamento e sua dissolução e nela não constar previsão hipotética da obrigação de reparar, isso não significa que a pessoa lesada em decorrência de sua relação matrimonial não possa buscar reparação por danos materiais ou morais.⁸

Importa salientar, visto que desbanca com argumento jurídico perfeito as alegações expostas em contrário à aplicação dos danos morais, o pensamento sobre o tema do festejado Yussef Cahali⁹, que defende a dupla projeção do ato ilícito: como fundamento para a dissolução do casamento, autorizando os efeitos que lhe são próprios (como decretação de culpa e retirada do nome de casado, entre outros), e, também, como embasamento para o ressarcimento por danos morais, seguindo a regra de responsabilidade civil. Além disso, faz o eminente jurista importante predileção a respeito do tema, pois entende que os tribunais acabarão se convencendo a utilizar essa tese, em que pesa excelente posicionamento doutrinário.

“
Em consonância com o moderno entendimento que expurga a culpa das relações matrimoniais, há resistência à aplicação do dano moral na dissolução conjugal.

”

Assim, com o devido repúdio da comunidade jurídica atual pela culpa nas dissoluções matrimoniais, acabou-se por se afastar também a aplicação dos danos morais quando ocorrem essas dissoluções.

No entanto, considerando-se que o instituto da responsabilidade civil é amplo, podendo certamente ser aplicado ao Direito de Família, nada impede que construção pretoriana moderna comece a se formar a favor do tema.

Igualmente, é preciso fazer a ressalva da necessidade de extrema cautela no que tange à específica aplicação de danos morais às relações que envolvem os cônjuges, porque o matrimônio é relação familiar que abarca expectativas e sentimentos humanos muito fortes, constituindo-se todo rompimento

conjugal, por via de consequência, situação capaz de provocar mágoas e rancores que não podem simplesmente ser considerados como fatos a dar ensejo ao ressarcimento por danos morais, sob pena de se transformarem as relações familiares e seus normais desdobramentos em entraves compráveis, solucionáveis por meio do pecúlio.

Noutro aspecto, existe a corrente que não permite ao Estado ingressar na vida íntima e subjetiva das partes para a apuração entre ambos da culpabilidade dos deslizos que venham a justificar o decreto judicial da separação. Fala-se, inclusive, que muitas vezes o cônjuge infiel se enveredou para tal infração motivado pela aversão sexual da parceira ou parceiro.

Mas, partindo-se do pressuposto de que as fontes formais do direito alienígena muitas vezes influenciam a formação de nossa doutrina com consequências diretas para a nossa jurisprudência, creio serem fontes que de alguma maneira geram influência sobre nosso direito pátrio o instituto do *dommage intéret* utilizado na França, que impõe ao vencido compensação menor de sua participação na divisão patrimonial dos bens comuns como forma de punição, bem como o sistema adotado nos Estados Unidos da América do Norte, onde violência doméstica e infidelidade comprovadas, haja ou não previsão de ressarcimento desses casos em pacto antenupcial, podem ensejar ao cônjuge inocente a fixação de uma verba compensatória para amenizar seu sofrimento.

Dessa forma, esperamos que em breve o nosso Poder Judiciário vá iniciar, em processos de dissolução do vínculo familiar pela via contenciosa, na fixação de verbas pecuniárias ou compensação de bens partilháveis, a forma de o culpado indenizar o cônjuge inocente.

Paulo Lins e Silva é advogado, especializado em Direito de Família há mais de 40 anos, com pós-graduação na Universidade Federal do Rio de Janeiro, na Fundação Getúlio Vargas, na Université Libre de Bruxelles e no Institut International du Droit Comparé, de Luxembourg. É Presidente de Honra da Union Internationale des Avocats (UIA) e da Federação Interamericana de Advogados e Diretor Internacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

⁵ É assim o posicionamento de Pedro Belmiro Welter. Ver: WELTER, Pedro Belmiro. Dano moral na separação, divórcio e união estável. *Revista Jurídica*, n. 267, jan. 2000.

⁶ CASTELO BRANCO, Bernardo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.

⁷ BIGLI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, p. 46-51, maio 1992.

⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

⁹ SAIDI CAHALI, Yussef. *Dano moral*. 2. ed., São Paulo: RT, 1998.