

A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

**THE JURIDICAL POST-MODERNITY AND THE THEORY OF THE RISK OF LOVE
— NEW PARADIGMS OF THE RIGHT APPLIED TO THE AFFECTIVE
RELATIONSHIPS**

Ana Cecília Parodi¹

Resumo: Teoria do Risco. Ficção jurídica que visa a equilibrar a hipossuficiência da vítima, dilatando a obrigação de indenizar, aos agentes que provocam o desequilíbrio, pela prática de atividades que, por si sós, aumentam sua vantagem e, em contrapartida, expõem a sociedade a maior perigo de lesão. Contudo, tutelas jurisdicionais desvirtuaram a interpretação do princípio, revertendo-o contra as vítimas de lesões oriundas dos relacionamentos afetivos – ou “danos de amor”. Afastando-se do escopo protetivo, sob o véu da Teoria do Risco, por anos se computou prejuízo integral aos vitimados, expondo toda a comunidade a grave risco social, pelo estímulo da cultura da irresponsabilidade e abandono da função profilática das reparações. A “Teoria do Risco de Amor” emerge da nova paradigmática jurídica e confere eficácia às garantias constitucionais fundamentais.

Abstract: Theory of the Risk. Juridical fiction that seeks to balance the victim’s hyposufficiency, dilating the obligation of compensating to the agents that provoke the unbalance, for the practice of activities that, by themselves, increase their advantage and expose the society to largest lesion danger. However, the jurisdictional protection depreciated the interpretation of the principle, reverting it against the victims of lesions. Under the veil of the Theory of the Risk, for years integral damage was computed to those slain, exposing the whole community to a serious social risk, because of the incentive of the abandonment of the preventive function of the repairs. The Theory of the “Risk of Love” emerges of a new juridical paradigm and it provides effectiveness to the fundamental constitutional warranties.

Palavras-chave: Novos Paradigmas do Direito – Garantias Constitucionais Fundamentais – Responsabilidade Civil – Teoria do Risco – Dano Moral e Material – Relacionamentos Afetivos – Novas Relações Familiares – Reparação – Danos de Amor – Teoria do Risco de Amor.

Word-keys: New Paradigms of the Right. Fundamental Constitutional Warranties. Civil Responsibility. Theory of the Risk. Moral and Material Harm. Affective Relationships. New Family Relationships. Repair. Damages of Love. Theory of the Risk of Love.

¹ Mestranda em Sociedades e Direito/PUCPR, Especialista em Direito Aplicado/EMAP-PR. Especialista em Direito Civil e Empresarial à Luz do Novo Código/PUCPR. Advogada. Professora da Pós-Graduação da Escola Nacional de Advocacia. Palestrante e Conferencista. Autora de diversas obras jurídicas. Colaboradora da Revista Veja Online, titular da página www.veja.com/direitos.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias
- 2 A Concepção jurídica constitucionalizada
- 2.1 Consequências da nova paradigmática do direito nas searas de família
- 2.2 Consequências da nova paradigmática do direito nas indenizações
- 2.2.1 A tradicional teoria do risco – atividade e culpa
- 3 Relacionamentos afetivos pós-modernos.
- 3.1 Classificação e espécies de vínculos.
- 3.2 Natureza jurídica dos relacionamentos afetivos horizontais.
- 3.2.1 A conjugalidade
- 3.2.2 Afetividade em sentido estrito
- 3.3 Direito de amar e direito de romper
- 3.4 Conclusões parciais
- 4 Responsabilidade civil aplicada
- 4.1 Danos de amor
- 4.1.1 Danos de amor indenizáveis
- 4.2 Teoria do risco de amor
- 4.2.1 Notícia jurisprudencial
- 4.2.2 Doutrina da teoria do risco de amor
- 5 Conclusão
- 6 Referências bibliográficas

1 Notas introdutórias

A reparação do dano sofrido é um anseio do Homem, desde os primórdios, cuja concretização atravessou longa linha evolutiva, indo desde a auto-satisfação até a tutela jurídica da Teoria da Responsabilidade Civil aplicada. O campo das relações amorosas não é diferente, tendo farta notícia histórica² de autotutelas cometidas para se “lavar a honra”, dentre outros.

Após incansáveis lutas em prol dos Direitos Humanos e a devida consolidação da Carta Magna de 1988, é correto afirmar que reparação é garantia fundamental, constitucionalmente assegurada. Contudo, sua efetividade sempre encontrou óbices, quando se pretendia imputar a obrigação indenizatória em lesões provenientes de relações que não possuíam explícito tratamento legal³.

Mas a Modernidade e a Pós-Modernidade trataram de impor a necessidade jurídica de se enfrentar aos mais diversos tipos de danos, reputando como profiláticas as sentenças reparatórias.

² Inclusive bíblica e mitológica.

³ Caso dos danos ambientais, trabalhistas em matéria de abrangência e mesmo consumeristas, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor.

Os novos paradigmas do Direito influenciam ao ordenamento jurídico como um todo, exigindo um novo foco interpretativo para as normas positivadas, sempre as colocando sob a luz da Constituição Federal.

Com a devida iluminação, pontos de escuridão jurisprudencial acabam se revelando. Dentre elas, o desvirtuamento da aplicabilidade da Teoria do Risco (da Atividade, ou Negocial), que passou a ser um chavão dos órgãos jurisdicionais para afastar, de plano, a apreciabilidade das lesões oriundas da operação irregular dos relacionamentos afetivos. As vítimas se viam praticamente punidas por sentenças que lhes impropriavam o exercício do regular direito de amar, imputando integralmente à sua esfera obrigacional, todo e qualquer prejuízo suportado.

Via de consequência lógica, o risco social se vê enormemente agravado, pela cultura da irresponsabilidade. Os particulares realmente poderiam entender que, independente do mal ocasionado, sairiam ilesos, dada a natureza romântica da relação debatida.

Mas os tempos são de privilégio ao preâmbulo constitucional. Busca-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, através do estímulo à responsabilidade social – não apenas corporativa, ou governamental, mas própria dos cidadãos, individualmente considerados.

Novas figuras surgem na seara indenizatória, enquanto as tradicionais são relidas. E a Família, base da sociedade, recebe maior proteção do Estado, tanto em sua eficácia, quanto em suas relações antecedentes e no eventual rompimento.

Firmado o compromisso⁴ de se combater a violência⁵ nas relações familiares⁶, é preciso então, “passar a limpo o passado jurisprudencial”, definindo com segurança o que seja o risco das relações românticas, ou seja, a “Teoria do Risco de Amor”, combatendo a inconstitucional afastabilidade de plano da apreciação das demandas, que gerava a ilegal indenizabilidade em tese dos “danos de amor”⁷.

2 A CONCEPÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONALIZADA

Novos paradigmas do Direito caminham lado a lado com um fenômeno conhecido por “constitucionalização do Direito Civil” ou “publicização do Direito Privado”.

Na atualidade jurídica, a situação normativa excede às dicotomias extremas, afrouxando-se os liames entre os Direitos Público e Privado. Conjuntos ordenativos típicos

⁴ Consignado no § 8º, do art. 226, CF.

⁵ Termo a ser lido em seu sentido mais amplo.

⁶ Demonstrado, inclusive, em todo o teor da Lei 11.340/2006, que recém completou um ano de enfrentamento oficial da violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁷ Teoria do Risco de Amor e Danos de Amor são neologismos jurídicos descritos por esta autora na obra Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos, Russell Editores, Campinas-2006, 600 p. Valendo, esta menção, como nota de referência apropriada para todas as demais vezes em que os termos forem citados adiante.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

de uma esfera; restam evitados de regramentos próprios da outra. É nesse cenário que se fala em um Direito Privado publicizado, visto que é crescente a inserção de normas de caráter cogente nos ordenamentos civis.

Contudo, não se trata de um retrocesso aos tempos da imposição da vontade do Estado sobre a Vontade do Homem. Os Direitos Humanos de 1ª e 2ª gerações estão garantidos; mas para que possam alçar eficácia, dependem da consolidação da 3ª geração de tutelas – a Solidariedade Social, objetivada desde o preâmbulo da Constituição Federal, que fulcra toda a aplicação jurídica na busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para tanto, todo e qualquer instituto normativo deve ser lido e aplicado conforme a luz constitucional solidária, impondo restrição às condutas humanas, não por ingerência, mas por uma bem-vinda intervenção estatal reguladora dos limites das atitudes, para que se conduzam pela esteira da responsabilidade social individual, bem descrita no artigo 187, do Novo Código Civil, que reputa como ato ilícito o exercício regular de um direito de uma forma que extrapole os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou pelo fim econômico ou social daquele direito em tela. Esses elementos delimitadores constituem a função social da figura jurídica e a sua violação se constitui em abuso de direito. Resta reconhecido que todo instituto legal ou doutrinário possui um objetivo ajustado à finalidade constitucional⁸.

Carlyle Popp⁹ ensina com maestria que a dignidade da pessoa humana é um princípio fonte, que influencia, de modo irrevogável, a todas as relações particulares. Essa intervenção estatal na amplitude da vontade das partes decorre do interesse maior da sociedade de que sejam regulados os limites básicos das relações, para que o equilíbrio – material e moral – entre as pessoas seja preservado, visando ao atingimento do ideário humanista: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, independentemente de preconceitos.

É em favor da meta do personalismo ético que se prospecta, no caso concreto, interpretação e aplicação da norma de acordo com a função social das figuras jurídicas envolvidas. Dele (do personalismo ético) emanam princípios orientadores das relações privadas, tais como a Boa-Fé (objetiva) Negocial, a condenação da Reserva Mental, o Equilíbrio das Prestações, a Transparência, entre outros. Tudo se resumindo na *Solidariedade*, fruto do espírito ético, apregoado nesta era. Reflexos das diretrizes constitucionais da Carta Magna – norma pública, no cerne da codificação civilista – origem privada. Precipualemente sendo exaltados os art. 5º e 170 da Constituição Federal de 1988.

Esse norteamento moral se opera em todas as relações dos particulares; não apenas no contratualismo, mas igualmente em relações interpessoais, como as típicas da

⁸ Assim, um contrato deixa de ser o arcaico mecanismo de troca entre as partes, para significar um instrumento de consolidação socialmente responsável de direitos materiais, o que equivale a dizer que a transação é efetuada sem lesão financeira ou moral para ambas as partes, desequilíbrio que refletiria, inevitavelmente, em toda a comunidade.

⁹ POPP, Carlyle. O Direito em Movimento. Curitiba: Juruá, 2007. p. 62.

familiaridade, notadamente caracterizando, a sua função social, a felicidade dos entes, com a conseqüente imputação da responsabilidade social pessoal, como ainda se verá melhor.

2.1 Conseqüências da Nova Paradigmática do Direito nas Searas de Família

Em linhas gerais, é lícito afirmar que os novos paradigmas do Direito depuseram o antigo modelo familiar patriarcal, para consagrar o modelo eudemonista. Digressão que bem se confirma pela análise das normas típicas da familiaridade, situadas no bojo constitucional e do Novo Código Civil, além de legislações esparsas, como a Lei “Maria da Penha” e a alteração ao *Codex*, para fazer inserir o instituto da guarda compartilhada. Antigos diplomas são agora interpretados e aplicados sob a nova ótica preconizada.

O antigo modelo patriarcal, também denominado oitocentista, era baseado no exercício desmedido do *pátrio poder*, a quem, no passado, já se conferiu poderes de vida e morte sobre filhos e servos. Até há pouco tempo, reputava-se a Família como sendo uma “instituição” a ser preservada a qualquer preço, razão pela qual a lei impunha óbices duros à sua dissolução. Casamento era sinônimo para negócio entre casas, firmado segundo trato entre os pais, em desprestígio do sentimento dos filhos. A mesma premissa era válida para a escolha de carreira profissional, dentre outras questões da vida adulta.

Eudemonismo, por sua vez, é uma figura jurídica baseada na felicidade e que remete à Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão. Napoleão Bonaparte já propagava que a felicidade humana deveria ser o fim de todo ato governamental¹⁰.

Na sede das Famílias, o modelo eudemonista prima pela felicidade individual de cada membro de uma relação familiar, para que se atinja a felicidade coletiva. As células extravasam o tradicional modelo formado por ascendentes até 2º grau e descendentes. Núcleos formados apenas pelo pai e pelo filho, por uma madrasta e enteado, ou pela madrinha e afilhada, passam a merecer a mesma proteção de um núcleo dito convencional¹¹.

Como se verá melhor adiante, todas as relações amorosas são visitadas pela virtude da Pós-Modernidade, merecendo adequada proteção jurídica.

2.2 Conseqüências da Nova Paradigmática do Direito nas Indenizações

A Teoria da Responsabilidade Civil é composta, fundamentalmente, pela Teoria do Ato Ilícito – onde se descrevem as condutas – e pela Teoria da Obrigação Indenizatória – onde se especializam as condutas e se determinam as formas de se reparar aos prejuízos.

Para que se estabeleça a obrigação de indenizar, é preciso que se verifiquem alguns elementos, que são os formadores dos atos ilícitos. A saber: a identificação do

¹⁰ Tanto que exigia que as repartições públicas declarassem, obrigatoriamente, esse ideal, por meio de placas dependuradas nas paredes dos órgãos governamentais.

¹¹ Mesmo porque, as famílias “mosaico” e “monoparental” ganham cada vez mais espaço nas estatísticas.

A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

agente (pessoa que causa o dano) e da vítima (pessoa que sofre o dano), da conduta antijurídica (comportamento do agente, eivado de dolo ou de culpa em sentido amplo ou estrito), do dano (prejuízo, de ordem material ou moral) de um nexo de causalidade (entre a conduta do agente e o dano).

Ato ilícito é a violação de um dever pactuado ou de natureza legal, o que infere, conseqüente e respectivamente, na responsabilidade contratual e extracontratual.

Em casos pontuais, a obrigação de indenizar pode ser imputada independente de culpa, caso da responsabilidade objetiva, que decorrer do risco da atividade praticada. Este tema será explorado no item seguinte.

Importa destacar que os novos paradigmas jurídicos conferem maior amplitude a esses elementos.

Atualmente, toda pessoa é passível de ser responsabilizada, incluindo as públicas e privadas, corporativas ou individuais, com extensão, inclusive, do dever assumido por atos de terceiros. Da mesma sorte, até entes desprovidos de alma podem ser reputados como vítimas, como o meio ambiente e o patrimônio cultural; personificações coletivas também são protegidas, na seara dos direitos difusos e coletivos,

Surgem novos danos, como o ambiental.

Especialmente, o Novo Código Civil é responsável pela contemplação do abuso de direito como ato ilícito, definindo que não basta ao sujeito que só ande dentro de sua esfera legítima – é preciso que pratique seus atos com responsabilidade social, caminhando pelo estabelecimento do ideário preambular constitucional. Diz o artigo 187, do *Codex* privado que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sobre a Teoria do Risco, afirma o parágrafo único, do artigo 927, do Novo Código Civil, pondo em plano estritamente enumerativo, a responsabilidade objetiva, que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Basicamente, a responsabilização subjetiva se distingue da objetiva pela averiguação ou não, respectivamente, da presença de culpa do agente. Estabelecido o nexo de causalidade entre conduta e dano, em regra, a lei brasileira comina a culpabilidade, *lato sensu*, como elemento vital da imputação obrigacional, critério pessoal que determina a responsabilidade *subjetiva*. Neste caso, o agente comete um ato ilícito.

Com a evolução da Teoria Geral no mundo ocidental, foram determinadas hipóteses exaustivas, em que a tutela estatal se mostra mais efetiva, em face do interesse público, levando, o legislador, a consignar a responsabilidade civil *objetiva*. Desprezando ao

¹⁰ Tanto que exigia que as repartições públicas declarassem, obrigatoriamente, esse ideal, por meio de placas dependuradas nas paredes dos órgãos governamentais.

¹¹ Mesmo porque, as famílias “mosaico” e “monoparental” ganham cada vez mais espaço nas estatísticas.

elemento pessoal, analisa a tese pela Teoria do Risco da Atividade, bastando, para tornar ao ente imputável, a verificação incontestada do nexa causal.

O risco advém do mero exercício da atividade enumerada, a qual, via de regra, traz em seu bojo, periculosidade própria. O risco é equilibrado, na esfera obrigacional, *lato sensu*, do provável agente, pelo lucro aproveitado na exploração negocial. Exemplos virtuosos se extraem nas searas do fornecimento ao consumidor e na jurisprudência, da qual se retira, a título ilustrativo:

Ação civil pública – Extração de cascalho – Dano ambiental – Reparação – Responsabilidade objetiva – 1 – Nos termos do § 2.º do art. 225 da CF/88, aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado [...] 2 – Em se tratando de dano ambiental, excepcionalmente, é admitida a responsabilidade objetiva, a qual independe da existência de culpa e se baseia na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. [...] (tjmg – apcv 000.281.132-1/00 – 2.ª c.cív. – rel. des. Nilson Reis – j. 15.4.2003) jcf.225 jcf.225.2

Meras condutas, como a de ser o dono, ou o detentor, de um animal, já impendem em responsabilidade civil objetiva, conquanta mitigada. Diz-se *impura*, por comportar a inversão do ônus da prova¹², oportunizando, à defesa do agente, comprovar que o seu animal não é o verdadeiro causador do dano, fato que lhe exime¹³ da responsabilização. Neste sentido, o art. 2.050, do Código Civil Italiano, que dita *in vernaculum*: “Aquilo que ocasiona dano aos outros, no desenvolvimento de sua atividade, por sua natureza, ou pela natureza dos meios de operacionalização, é chamado para o ressarcimento [adapt.] se não prova ter adotado todas as formalidades idôneas a evitar o dano¹⁴.”

Na esfera da legítima defesa, se o agente atingir ao patrimônio de um terceiro, por erro de pontaria ou necessidade inerente à ação, há que indenizar. A excludente somente se aplica contra os danos sobre patrimônio, *lato sensu*, de quem deu causa ao ataque. Bem anotado por Gonçalves, a legítima defesa putativa não inibe o dever de indenizar, porque exclui a culpabilidade, mas não a antijuridicidade¹⁵. Dita a jurisprudência:

Civil e Processual Civil – Reparação de danos – Responsabilidade civil do estado – Polícia Militar – Vítima que saca arma branca e tenta atingir policial – Disparo de arma de fogo contra a perna – Atitude moderada e necessária para reprimir injusta agressão – Amputação da perna – Culpa exclusiva da vítima – Excludente de responsabilidade – Relação de causalidade

¹² Objetiva até esta etapa – é dispensado, ao vitimado pelo animal, o onus probandi.

¹³ Torna-se impura por comportar a excludente de culpa – a qual sequer deveria ser discutida, em seara propriamente objetiva.

¹⁴ *Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.*

¹⁵ Gonçalves, Carlos Alberto, 9ª ed. Responsabilidade Civil de Acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 737.

A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

inexistente – Recurso a que se nega provimento – 1) A responsabilidade civil do Estado, consagrada na Constituição Federal Brasileira, apesar de objetiva, comporta abrandamentos e, até mesmo, a sua exclusão, em face da adoção da teoria do “Risco Administrativo”, quando presentes às hipóteses excepcionais de caso fortuito ou força maior, bem como, pela comprovada culpa exclusiva da vítima. 2) A conduta da vítima [...] exclui a obrigação de indenizar do Estado, porquanto configurada a excludente da culpa exclusiva da vítima, traduzida na legítima defesa de terceiro e no estrito cumprimento do dever legal. [...] (tjap – ac 77600 – (5745) – c.única – rel. des. Honildo Amaral de Mello Castro – doeap 5.8.2003 – p. 15).

No caso concreto, pode-se verificar que a vítima da relação também contribuiu para o evento danoso, por ação ou omissão culposa, fato que, via de regra, leva a duas consequências diversas, tendo como foco o agente primo.

Se a vítima se houve com culpa *exclusiva*, desaparecerá o dever de indenizar, em face da não concretização do nexo de causalidade. Afinal, não foi a conduta do agente que lesionou a vítima, descabendo a análise meritória dessa ação, se eivada de culpa ou inocente.

Diz-se que há culpa *concorrente* da vítima, quando a sua atitude culposa *contribuiu* para o atingimento do fim prejudicial ao seu próprio patrimônio. Neste caso, permanecerá o dever de indenizar, mitigado, o montante, pela justa proporção da culpabilidade do agente primo. Aplica-se a *teoria da compensação das culpas*, doutrina inaplicável em searas criminais.

A legislação especial pode dispor de normas específicas para a relação jurídica em tela, impondo maior carga, no dever do prestador de serviços, por exemplo, em indenizar ao usuário ou consumidor; atinge a esse fim pela limitação da compensação, aumentando o risco negocial. Nesse sentido, brilhante julgado que ilustra a celeuma da culpa da vítima em contraposição à teoria do risco administrativo:

2) Consoante a teoria do risco administrativo, as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos causados por seus agentes, nessa qualidade, obrigação indenizatória essa da qual se eximem somente quando logram demonstrar que o evento danoso resultou de fato da natureza, da ação de terceiro ou que ocorreu por culpa exclusiva ou parcial da vítima, nessa última hipótese, proporcionalmente [...] (tjap – ac-reo 108702 – (5269) – c.única – rel. des. Mário Gurtyev – doeap 21.3.2003 – p. 33) jpcp.511 jpcp.514 jpcp.180 jpcp.20 jpcp.20.4.jeoab.22 jeoab.23.

3 Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos

A Pós-Modernidade exerce influência sobre as relações fulcradas no afeto. Seja com a intenção de formar família, seja com a intenção de mero divertimento, quando os seres humanos interagem, o fazem de maneira muito diversa da observada no século passado.

Para citar apenas alguns exemplos, cresce a validação social para o exercício da liberdade da prática e orientação sexual. Caem velhos tabus. Surgem novos tipos de relação, como as praticadas pela *internet*.

Dilatada a liberdade moral e social, via de consequência se dilatou a liberdade jurídica.

3.1 Classificação e Espécies de Vínculos

Os relacionamentos afetivos podem ser classificados¹⁶ conforme os sujeitos que os operam – verticais, entre ascendentes e descendentes¹⁷; e horizontais, englobando as relações dos casais de qualquer orientação.

O foco da presente investigação reside nos relacionamentos horizontais. Relevada a Pós-Modernidade sociológica, não é possível, notadamente em um estudo do presente porte, relacionar todas as espécies de relacionamentos atualmente praticados. Os principais vínculos afetivos, que se constituem em fonte obrigacional mais vigorosa, do menor para o maior nível de comprometimento, são, a saber – estágio 1: *Ficar* (relacionamentos eventuais) e *cyber*-relações (relacionamentos virtuais); estágio 2: Namoro; estágio 3: Noivado; estágio 4: União Estável e Homoafetividade; estágio 5: Casamento¹⁸.

Ainda, conforme a natureza do vínculo entre o casal, pode-se dizer que os relacionamentos amorosos horizontais são de caráter conjugal/familiar (estágios 4 e 5) e afetivos em sentido estrito (do estágio 1 ao 3).

3.2 Natureza Jurídica dos Relacionamentos Afetivos Horizontais.

3.2.1 A conjugalidade

Por muito tempo se debateu a natureza jurídica dos laços que unem aos casais, especialmente em sede matrimonial. As principais teorias contemplam as oponentes *institucional* e *contratualista*, além de uma escola moderada, que tratava do casamento como um contrato especial, relação de vínculos mistos.

Roma repudiava a natureza publicista, defensora que era da autonomia da vontade em níveis absolutos, cujo ideal era resumido no *affectio maritalis*. O Direito Canônico veio lhe fazer frente, aludindo ao elo espiritual. Napoleão, em 1804, firma a idéia da mera contratualidade, reduzindo o casamento ao negócio convencional, dependente da vontade das partes¹⁹, motivado que estava por enfrentar o poder religioso e sua tese sacramental²⁰.

Arnaldo Rizzardo²¹, institucionalista por excelência, dentre outros ilustres²²,

¹⁶ Parodi, Ana Cecília. Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos. Campinas : Russell, 2007, p 323.

¹⁷ Incluindo avós e netos, madrinhãs e afilhados, dentre outros. Para se caracterizar a relação afetiva vertical, é preciso que estejam presentes os elementos “autoridade” e “sujeição”, sendo desnecessária a consangüinidade.

¹⁸ Teoria da Escalada do Afeto, propugnada pelo ilustre Professor Euclides de Oliveira. Palestra proferida por Euclides de Oliveira, disponível em breve em Anais

– V do Congresso Nacional de Direito de Família, promovido anualmente pelo IBDFAM

– Instituto Brasileiro de Direito de Família.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

explica: “É instituição porque elevado à categoria de um valor, ou de uma ordem constituída pelo Estado. É um ente que engloba uma organização e uma série de elementos que transcendem a singeleza de um simples contrato”. Resume o pensamento presente a fuga do materialismo, através do privilégio das normas de caráter cogente, emanadas do Direito Público.

O Código Civil Português abraçou ao contratualismo: “art. 1.577. Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir Família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. A doutrina contratualista pura, nos moldes como surgia no século XVIII, impendia em importante reflexo – a dissolução vinculada ao distrato, operado por mútuo consentimento entre as partes, lembrando que, aos tempos, ainda reinava o posicionamento pela indissolubilidade matrimonial.²³

Mas o autor português, Braga da Cruz²⁴, já afirmava não existir dificuldade para a coexistência de ambas as escolas. Surge a *teoria eclética*, ou *mista*, distinguindo o casamento-fonte (ato-gerador contratual) e o casamento-estado (complexo de normas públicas que obrigam aos cônjuges). Na França, salientam-se os irmãos Mazeaud. No Brasil, dentre outros, Sílvio Venosa e Giselda Hironaka²⁵, que é professora na Universidade de São Paulo e traça boas linhas resumidas sobre o tema:

A teoria eclética, que congrege as duas idéias anteriormente vistas, considerando o casamento como contrato em sua formação, por se originar do acordo de vontades e instituição em sua duração, pela interferência do Poder Público e pelo caráter inalterável de seus efeitos. Essa teoria, pois, distingue o casamento-fonte do casamento-estado. O primeiro tem natureza contratual e o segundo, natureza institucional, vez que a regras que governam os esposos durante a união conjugal são fixadas imperativamente pelo Poder Público, não podendo o casal modificá-las.

Apesar do aparente equilíbrio de confluência, pode-se dizer que, mesmo a teoria eclética peca por polarizar a origem de cada natureza, desconhecendo a interação, do público e privado, no cerne das obrigações.

Em prol de uma conclusão científico-jurídica, somem-se a constitucionalização do direito civil e o espírito da nova contratualidade, mesclando-os pela busca da função

¹⁹ Rodrigues, Sílvio. Direito Civil – Família, vol. VI, atual. 27.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

²⁰ Sem adentrar ao mérito, vale lembrar que posicionamentos canônicos há de serem atribuídos, notadamente, à religião Católica-Romana. Os protestantes já iniciavam a contestação da natureza sacramental do matrimônio.

²¹ Rizzardo, Arnaldo. Direito de Família. vol. I. 1.ª ed., Rio de Janeiro : Aide, 1994, p. 31.

²² Entre eles, Marilena Diniz e Washington de Barros.

²³ Rodrigues, op. cit., p. 20.

²⁴ Carvalho Neto, Inácio de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2005, p. 91.

²⁵ A este respeito, Rizzardo, op. cit., p. 34.

social das figuras jurídicas e uma boa análise da técnica legislativa.

Como já aludido inicialmente, o Novo Código Civil – tutela eminentemente privatista –, da teoria das obrigações até o Direito de Família, possui inúmeras normas de caráter cogente, sem que haja uma campanha do Estado para restringir a autonomia da vontade privada. Tudo gira em torno da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, privilegiando-se a sua proteção. Há o reconhecimento da finalidade maior, nas relações *inter partes*, de interesse público. As livres disposições são delimitadas pela coibição dos efeitos negativos, que tal negócio possa vir a acarretar à sociedade em geral, sem qualquer desprezo aos vínculos afetivos.

Nesse sentido, o entendimento do Novo Código Civil, ao contemplar a nova rubrica do Capítulo X, Livro IV, denominado “Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal”, expressamente reconhecendo a natureza mista dos liames familiares e lhes conferindo diferida tutela. Assim, o codificador relacionou o *vínculo* com as finalidades imateriais da relação – interesse público, proteção conferida pelas normas cogentes. E ligando a *sociedade* aos reflexos materiais do contrato típico, permitindo o cabimento, ainda que não em sua plenitude, das disposições da autonomia da vontade conjugal, autotutela da vontade privada. Analogicamente, toda essa digressão é válida para a determinação da natureza jurídica dos laços componentes da União Estável, ressalvado o seu caráter eminentemente informal.

3.2.2 Afetividade em sentido estrito

Se a natureza jurídica da conjugalidade impende em tantos debates, quando a investigação põe seu foco sobre as relações amorosas não definidas em lei, a polêmica é ainda maior. Nem tanto pela prospecção de uma conclusão científica, mas especialmente pelos efeitos decorrentes do rompimento e/ou da operação irregular do direito de amar/romper.

Encarando a temática de frente, não é difícil definir que a prática do romance não definido em lei é um ato jurídico *stricto sensu*. Em que pese o casal se relacionar visando a satisfações de ordem variada – inclusive financeira, tantas vezes – raramente pretende, deliberadamente, produzir algum efeito jurídico direto.

Mas a ausência de intenção imediata não pode ser alegada como cláusula de irresponsabilidade por aquele que operou com irregularidade ou abuso o seu romance. Neste ponto, especialmente, peca a Teoria do Risco como preconizada e aplicada pela antiga escola jurisdicional, haja vista que deixa ileso o agente, como que punindo as vítimas por terem praticado seu direito de amar. O tema será melhor explorado adiante.

3.3 Direito de Amar e Direito de Romper

Juridicamente, as relações de conjugalidade possuem expressão no ordenamento

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

positivado, em contraponto aos relacionamentos afetivos em sentido estrito.

Contudo, todo e qualquer romance se baseia no exercício de dois direitos – o direito de amar e o direito de romper. Ainda que não se encontrem tais nomenclaturas definidas em lei, pode-se dizer que ambas as garantias são espécies derivadas do gênero liberdade.

Todo cidadão é livre para “ficar”, namorar, casar²⁶ – o sujeito de direitos pode exercê-lo, se quiser, o seu direito de amar, de se envolver romanticamente com o seu semelhante, independente de sua orientação sexual. É livre, inclusive, para nunca compartilhar afeto e/ou praticar a sua sexualidade²⁷.

O mesmo cidadão é livre para acreditar que “casamento é para sempre”. Mas, em contraposição à arcaica imposição estatal de perenidade do vínculo, atualmente é assegurado o direito de romper todo e qualquer tipo de relação, a qualquer tempo e em qualquer circunstância. Sentenças que denegam a separação, por exemplo, deixaram de ser uma hipótese aplicável, tendo em vista a melhor interpretação constitucional do Direito de Família. Que se dirá, então, das demais espécies de romance, em que o vínculo é consideravelmente mais afrouxado²⁸?

O que se exige, legitimamente, dos parceiros amorosos, é que exerçam ambos os direitos – de amar e de romper – com responsabilidade social, conduta esta que se acha delimitada, em linhas gerais, pelo inovador artigo 187, do Novo Código Civil, que afirma, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Na seara do ato ilícito, em moldes tradicionais²⁹, estão as violências de toda sorte – física, emocional e jurídica – condutas tendentes a, diretamente, violar direito e causar dano ao outro parceiro. Fundamento legal mínimo³⁰ se acha na própria Constituição Federal que, após afirmar, no caput de seu artigo 226, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, logo em seu parágrafo 8º imputa ao Estado o dever de assegurar “a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para

²⁶ Respeitadas as limitações e trâmites impostos por lei, típicas da menoridade, do pudor social e das restrições conjugais.

²⁷ Nessa esteira, o direito ao recato e à preservação da intimidade merecem a mesma proteção jurisdicional conferida à liberação sexual. Presume-se que a sociedade livre, justa, solidária e plural – idealizada pelo belo preâmbulo da Carta Magna – tenha espaço para todas as crenças coexistirem. A dolorosa luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos não pode se transformar em uma “ditadura da liberdade”, exigindo de todos os cidadãos não uma igualdade, mas um injusto nivelamento ideológico.

²⁸ Com exceção mitigada da União Estável – em que pese o vínculo de conjugalidade, sua natureza essencialmente informal torna relativamente mais flexível o rompimento, pela ausência de procedimentos dissolutórios. Mesmo as uniões estáveis registradas em cartório não carecem de mais do que um ato notarial. As ações judiciais são reservadas para os rompimentos não consensuais, mas no tocante ao desvínculo, são ações meramente declaratórias, reservando-se o mérito para as questões de alimentos e guarda de filhos.

²⁹ Descrito no art. 186, do Novo Código Civil.

³⁰ Adjetivo sem escopo pejorativo; empregado com sentido de essencialidade.

coibir a violência no âmbito de suas relações”. Essa norma será novamente analisada, na seqüência.

3.4 Conclusões Parciais

As ilações deste item são de extrema importância para o presente estudo, visto que se investiga a função social da Teoria do Risco, frente às indenizações provenientes da operação irregular dos relacionamentos.

É vital compreender que o Estado valoriza o aspecto imaterial dos relacionamentos, na condição não apenas de escopo, mas de verdadeiro vínculo jurídico, seguindo a tendência de reconhecer o afeto como valor jurídico a ser preservado.

Preservado em sentido global, decorrendo daí a validação da indenizabilidade dos danos de amor materiais e morais, suportados no curso e no rompimento de uma relação amorosa. Efetividade constitucional garantida.

4 Responsabilidade Civil Aplicada

A Teoria Geral da Responsabilidade Civil pode ser aplicada a toda relação que produza efeitos jurídicos, ainda que originariamente possua natureza de ato jurídico em sentido estrito.

O direito à reparação é garantia constitucional de sentido amplo, que não comporta restrições de qualquer ordem, notadamente as preconceituosas, posto que impende em ferimento do princípio da isonomia, dentre outras tutelas inerentes aos Direitos Humanos.

Com os relacionamentos afetivos (conjugais ou em sentido estrito) não é diferente. Toda pessoa tem a liberdade de se relacionar com o seu semelhante, desde que o faça respeitando as regras sócio-jurídicas de pudor e dos deveres conjugais³¹. A única moderação legítima é aplicada caso a caso, na investigação dos fatos e provas. Mas nunca no afastamento de plano da indenizabilidade dos “danos de amor”.

Já visto que, em 1988, a Constituição Federal contemplou o modelo eudemonista familiar. Uma vez aumentada a capacidade de ação jurídica e social, nada mais lógico do que estabelecer a correspondência coercitiva, impondo o binômio liberdade x responsabilidade. Escreveu-se, então, o parágrafo 8º, trazendo sobre o Estado a obrigação de coibir a violência nas relações familiares, nisto consideradas as uniões estáveis e núcleos monoparentais, entre outros.

Sob o prisma da interpretação ideológico-constitucional, o termo “violência” se presta a designar todo e qualquer abuso cometido na operação de uma relação de cunho familiar, desvirtuamentos da função social da figura da Família, sejam de natureza cível ou criminal³².

³¹ Em casos que envolvam ao menos um parceiro casado ou comprometido com estabilidade. Vide art. 1.566 e 1.724, NCC.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

Nessa esteira, a Lei 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Vigoroso instrumento regulamentador do mencionado parágrafo 8º, do artigo 226, da Carta Magna, buscando conferir real efetividade para as importantes tutelas protetivas nele cominadas, não restringiu o conceito de laços afetivos; pelo contrário – buscou a função social do afeto como valor jurídico, alargando a proteção sobre mulheres de todas as idades, orientação sexual e inseridas em todo e qualquer contexto de relacionamento³³. Continuando na linha da especialidade das normas, a Lei Maria da Penha tratou de definir os ilícitos que visa a reprimir, não se apegando apenas à descrição de tipos penais – os abusos civis, de ordem moral e material também foram contemplados, com previsão específica do direito à reparação. Vale a leitura do Capítulo I, do Título II – Da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.³⁴

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Ademais, vale frisar que esta típica responsabilidade civil será sempre do tipo extracontratual e subjetiva.

E se a leitura da letra da lei³⁵ evidencia o dever de reparar a violência em sentido amplo, cometida em sede familiar, a validade da reparação nos demais tipos de relacionamento pode carecer de alguma explicação adicional. Ora, se a Família, base da sociedade, recebe maior proteção do Estado, tanto em sua eficácia, quanto em sua eventual dissolução, é mais do que lógica a preservação de suas relações antecedentes (do “ficar”

³² Importa ressaltar – a natureza dos atos de violência-abuso não se restringe à dualidade civil e criminal. Apenas a título exemplificativo, cita-se a inclusão irregular de dependentes, abuso de origem previdenciária. Função social da Família é um conceito amplo, que deve reger a toda e qualquer relação em que uma célula esteja envolvida.

³³ Destaque-se, por exemplo, os abusos cometidos contra menores afilhados, por seus padrinhos – repressão dantes operada por leis genéricas, hoje se dispõe de medidas sociais adequadas, não apenas para punir ao culpado, mas para promover o bem, desenvolvimento e recuperação da vítima. Daí a importância de se enfrentar as questões com foco em sua verdadeira natureza.

³⁴ Primeira grande vitória da homoafetividade rumo ao reconhecimento da natureza familiar – mais uma vez, impende à extensão aos homens.

³⁵ Especialmente a Constituição Federal e a Lei 11.340/2006.

ao noivar), podendo se comparar, analogicamente, ao garantismo da pré-contratualidade. É fato sociológico que os casais passaram a optar, cada vez mais, pela União Estável, por excesso de crises decorrentes das antigas amarras do casamento, que hoje se vê em fase de plena reformulação social. Da mesma maneira, revela-se atentatório contra o surgimento de novas famílias a propagação desenfreada – e judicialmente não coibida/retribuída – de “danos de amor” nas relações não conjugais³⁶.

4.1 Danos de Amor

Por “danos de amor” se entende todo prejuízo derivado da operação irregular dos relacionamentos baseados no afeto.

A tendência jurídica pós-moderna para o elemento “dano” é ser especializado conforme a relação donde provém o prejuízo, notadamente para que, através da tipicidade jurídica atribuída à lesão, o respectivo tratamento jurisdicional seja igualmente aprimorado, aplicando ao caso concreto princípios apropriadamente norteadores. E na mesma esteira caminha a especialização da Justiça, instalando varas e juizados focadamente preparados para conhecerem das demandas típicas.

Assim ocorre com os danos morais provenientes das relações laborais, que passaram a ser analisados pelos tribunais trabalhistas, desde a Emenda Constitucional nº.45. Na mesma esteira, o dano moral de consumo e os danos ambientais.

O abuso ou violência nas relações amorosas produz as lesões denominadas de *danos de amor*. Tal especialização guarda raízes com o Direito de Família, demonstrando que as garantias especiais que são imputadas para o campo típico também são importadas para a indenizabilidade. Por acessão, os relacionamentos estritamente amorosos acabam sendo abraçados por esta teoria jurídica, recebendo atenção especial em razão do caldo de onde emergem – a saber, uma relação de afeto, hábil a propagar prejuízos em função do abuso de confiança, da boa-fé subjetiva, dentre outros.

Seria um engano tentar equiparar as lesões morais e materiais oriundas das relações de afeto com danos emanados, por exemplo, de um acidente de trânsito, haja vista que o elo que une aos entes é deveras mais forte e com intenção própria dos atos jurídicos *strictu sensu*.

É o que a experiência jurídica tem demonstrado, relativamente aos danos de consumo. Em que pese a expressão não estar consignada em lei, são as típicas lesões derivadas da violação dos direitos consumeristas. Ora, na prática, o dano moral sofrido por um consumidor não se assemelha, nem de longe, com o dano moral suportado por uma personalidade de vulto, aviltada injusta e publicamente³⁷.

³⁶ Sendo válido destacar que também é fenômeno sociológico a opção dos casais pelas relações amorosas que supostamente não possuem entitulação, porque, na visão dos leigos, estariam se afastando de possíveis efeitos jurídicos.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

4.1.1 Danos de amor indenizáveis

A indenizabilidade é questão que interessa diretamente ao estudo da “Teoria do Risco de Amor”, notadamente porque a questionada aplicação ultrapassada da “Teoria do Risco” servia de fundamento para se afastar a apreciabilidade dos “danos de amor” já em tese, não havendo uma verdadeira análise dos casos concretos.

Como em qualquer outra espécie de relação, nem todo “dano de amor” será indenizável. Especialmente, nunca será punido o direito de romper, como visto anteriormente.

Prima facie, há de se voltar ao debate da possibilidade jurídica do pedido.

Por amor à dialética, registre-se, ilustrativamente, o posicionamento de Guilherme da Borda, autor argentino, que entende que a hipótese seria contrária à moral e aos bons costumes³⁷. É acompanhado por outros juristas, a exemplo de José Carlos Bigi³⁹, dentre outros.

Há um pudor justificável de se estender o dever da reparabilidade aos membros que descumprem deveres familiares, como se o Estado oferecesse ingerência demasiada na instituição. Porém, maior risco social existe no abandono dos indivíduos à autocomposição, notadamente porque seus conflitos podem até versar sobre questões financeiras, mas são eivados de passionalidade como nenhum outro vínculo é capaz de promover.

Não bastassem todas as tutelas fundamentais de Direitos Humanos, bem contempladas pela Constituição Federal, somam-se os dispositivos da Lei 11.340/2006, dentre outras normas que deixam explicitada a autorização legal para a aplicação da teoria da Responsabilidade Civil aos relacionamentos afetivos⁴⁰.

Via de regra, qualquer prejuízo, para ser indenizável, precisa se constituir em uma lesão ou diminuição a um bem jurídico que, pelos novos paradigmas do Direito, são analisados de maneira constitucionalizada e em prol da promoção humana. Em linhas gerais⁴¹, é pacífico, portanto, que todo prejuízo imposto à prática regular do direito de amar e de romper possui possibilidade jurídica de ser indenizável.

Então, se passa à apreciação do dano no caso concreto – material ou moral, é economicamente apreciável⁴²? É atual⁴³?

³⁷ Daí, tantas vezes, o equívoco jurisprudencial, denegando o dano moral nas relações de consumo, sob pretexto de se coibir uma suposta “indústria do dano”. Há que se relevar que se trata de campos diferentes da esfera moral do sujeito, da mesma maneira que o dano estético não se confunde com a perturbação do sentimento religioso, conquanto ambos sejam constitutos dos direitos elementares da personalidade.

³⁸ Carvalho Neto, op. cit., p. 257.

³⁹ Carvalho Neto, op. cit., p. 257..

⁴⁰ E ainda que não houvesse expressa disposição legal, tratando-se de âmbito privado, seria ilegal a exclusão da apreciabilidade judicial dos “danos de amor”. Ora, as partes em litígio devem buscar composição perante o Estado-Juiz; a omissão do Estado-Lei não é causa legítima para a omissão conseqüente do julgador.

⁴¹ Relevado que este é um tópico periférico do tema principal.

O “dano de amor” pode ser imediato⁴⁴, quando decorre do próprio rompimento e mediato, quando do rompimento se originam danos secundários, independente, então, de sua natureza.

Dito que o direito de romper nunca será punido, frisa-se que a forma como esse direito é exercido é passível, sim, de retribuição judicial. Apenas a título ilustrativo, é admissível que alguém desista do casamento no dia da cerimônia; contudo, não é preciso que manifeste sua alteração de vontade em pleno altar, expondo o outro nubente perante todos os convidados⁴⁵. Ou seja, nunca se punirá o direito de romper, nem mesmo se praticado na forma do abandono no altar. Mas o parceiro desistente deverá arcar com as consequências de sua conduta, por ter exposto seu parceiro ao vexame público, quando bem poderia ter evitado a chegada do momento da cerimônia⁴⁶.

Outros prejuízos essencialmente de ordem romântica serão excluídos de possível sentença condenatória. Valem os danos morais – assim considerados aqueles em sentido estrito, os corpóreos e os estéticos – e os danos materiais – danos emergentes e lucros cessantes.

Por fim, é fundamental lembrar que a responsabilidade social é mecanismo vigoroso de paz social, haja vista que impõe freios inibitórios às condutas humanas, coibindo aos excessivos ferimentos à moral, cujos reflexos materiais costumam ser inevitáveis.

4.2 Teoria do Risco de Amor

4.2.1 *Notícia jurisprudencial*

Por questão de limitação espacial, colaciona-se abaixo apenas um julgado, mas que, ao se valer do “risco” para afastar o dano moral, bem ilustra o conservadorismo inocultável, tornando indenizável um ilícito clássico – como a quebra de confiança – meramente por estar inserido na relação familiar. Leia-se a decisão.

Responsabilidade civil. Danos patrimoniais e morais. Apropriação de valores de conta conjunta no curso de convivência marital. Feita a prova da utilização dos valores em prol do réu e de sua empresa, impõe-se a devolução dos mesmos, nos limites demonstrados. A quebra de confiança e o abalo descritos pela autora estão ligados ao fato da convivência, ao qual é ínsito o risco. Dano moral denegado. Exclusão da lide da proprietária da empresa ré. Apelação parcialmente provida. (7 fls.) (Apelação Cível n.º 70001150895, 9.ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 28.6.2000)

⁴² Se não pela liquidação em dano emergente e lucro cessante, por arbitramento.

⁴³ Posto que não pode se referir a questões prescritas ou a prováveis lesões futuras, sem base fática – diferente do lucro cessante, que se baseia em um ganho garantido.

⁴⁴ Nesse sentido, Regina Beatriz dos Santos e Maria Helena Diniz.

⁴⁵ Aliás, destaque-se que, lista de convidados é uma amostragem da realidade social da pessoa; daí o abandono no altar impor danos potencialmente irreparáveis.

⁴⁶ No caso concreto, será avaliada a eventual conduta concorrente da vítima.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

4.2.2 Doutrina da teoria do risco de amor

A verdadeira celeuma indenizável se inicia com a responsabilização dos sujeitos pela forma como conduzem o rompimento e respectivos danos causados ao seu parceiro⁴⁷, relativizados processualmente pela interpretação magistral da aplicabilidade da Teoria do Risco. A maior dificuldade experimentada pelos operadores do Direito, de todos os ramos, é o patente desvirtuamento jurisprudencial da figura jurídica do risco. Tais decisões revelam uma verdadeira confusão entre a figura do risco “jurídico”, por vezes com o risco “empresarial”, outras vezes com uma importação bélica norte-americana, o *collateral damage* – ou danos (efeitos) colaterais⁴⁸.

Para uma efetiva distinção, é preciso relembrar a origem e conteúdo da figura jurídica do risco e da Teoria do Risco, intrinsecamente vinculados à culpa⁴⁹.

Classicamente, a responsabilidade civil sempre foi subjetiva, associando a indenização à caracterização de culpa do agente – um ônus probatório próprio da vítima. O Direito acompanhou a evolução social, a qual pôs sua luz sobre o conceito de culpa,

⁴⁷ Sem prejuízo da validade das reparações com fulcro em outros danos de amor, mesmo os originados nessa mesma relação.

⁴⁸ Justificativa adotada pelo partido republicano, para explicar à população os freqüentes prejuízos causados em guerra, aos seus próprios militares ou aos civis do país atacado, validando a sua necessidade para a consecução do objetivo final.

⁴⁹ Nos relacionamentos afetivos também é vital a auferição de culpa, com repúdio absoluto à tese de responsabilização objetiva dos parceiros.

O instituto da culpa é especial e encarnado ao caso concreto, sem qualquer necessidade vital de que as condutas culposas estejam previamente esposadas no ordenamento legal. É lícito afirmar que também está revigorado o foco do sistema – da imputação de culpa para a responsabilização dos sujeitos. Não havendo impedimentos legais, os sujeitos podem operar livremente as relações afetivas, desde que o façam enquadrados nos limites sociais aceitáveis. O desvirtuamento da responsabilidade, questionada em juízo, impondrá para a punição do agente, face dos danos perpetrados, inclusive presumíveis. Responsabiliza-se aos indivíduos por sua interação irregular com o mundo afetivo, relativamente, aos efeitos jurídicos provocados, mesmo que sem a intenção direta. Ao contrário do que possa parecer, em sede das operações familiares, não se trata de culpar ao cônjuge pelo fim do relacionamento propriamente dito – tanto que já não se dispõe de um elenco de causas exaustivas – mas de se responsabilizar ao cônjuge desatento pela sua atuação ilícita, que certamente impende em reflexos danosos para o parceiro vigilante. Também não se pretende culpar aos noivos e namorados pela quebra do compromisso, via de regra, sob pena de transformarmos o Tribunal de Justiça em um verdadeiro “Procon do Amor”. Em qualquer situação resta assegurado aos particulares o direito de romper, como exercício da autonomia da vontade livre, resultado da redução da participação intervencionista estatal, em evolução do direito canônico até o estado neoliberal. O direito de romper prevalece, inclusive, em face de discutíveis contratos e manutenção temporal mínima da relação, estando, por certo, o violador, sujeito às perdas e danos contratuais. Nenhum indivíduo pode ser obrigado a permanecer em uma relação, inda que sua decisão de rompimento esteja baseada em motivo torpe e egoísta. O direito de romper é absoluto, fator que enseja segurança até mesmo para a outra ponta desse relacionamento, pois a manutenção forçada do vínculo atrai prejuízos e estado de periclitação para todos os reflexos da personalidade humana.

mostrando-o inadequado a variadas situações lesivas. Passa-se, então, a mitigar a sua auferição absoluta, em favor da efetividade da preservação do direito de reparabilidade das vítimas, através de processos tecnológicos (jurídicos), identificados por De Page como três: multiplicação das presunções de culpa (*juris et de jure e juris tantum*); hipóteses de conversão da culpa aquiliana para contratual; maior rigor na apuração da culpa própria subjetiva, por maior freqüência da aplicação da regra *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*. Josserrand anota quatro processos técnicos – restrição maior da responsabilidade aquiliana por via da responsabilidade contratual⁵⁰; aumento das presunções de culpa; teoria do abuso do direito, já destacada e admissão de uma responsabilidade isenta de culpa, em hipóteses determinadas.⁵¹

Gonçalves relaciona as fases evolutivas da responsabilidade civil, anotando que as mesmas abrandaram, pouco a pouco, o rigor de se exigir a prova de culpa do agente, culminando na Teoria do Risco como última etapa dessa evolução⁵². Destaca-se das idéias do autor, que instrui⁵³:

b) admissão da teoria do abuso do direito como ato ilícito. A jurisprudência, interpretando a *contrario sensu* o art. 160, I, do Código Civil de 1916, passou a responsabilizar pessoas que abusavam de seu direito, desatendendo à finalidade social para a qual foi criado, lesando terceiros; [...] e) adoção da teoria do risco, pela qual não há falar-se em culpa. Basta a prova da relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Quando a Teoria do Risco ingressou no sistema normativo brasileiro, há cerca de um século, adveio para coibir abusos decorrentes da revolução industrial, notadamente no que concernia a acidentes de trabalho, ligando-se ao liame material.

Dado que o Brasil adotou, acerca da Teoria do Risco, a concepção de que se imputa a obrigação de indenizar a todo que, agindo em seu próprio interesse, criar um risco de provocar dano a outrem, então é que se vê mais ainda descabida a sua aplicação pura aos relacionamentos afetivos, pois é de se rechaçar, veemente, a responsabilização objetiva nesses casos.

A Teoria do Risco é instituto vinculado aos negócios, ou seja, ao potencial de perigo impingido por determinada atividade. Nesse sentido, o risco de amor é figura totalmente diversa, haja vista que não se fala do risco imposto por um parceiro sobre o

⁵⁰ O que não se defende para os relacionamentos afetivos.

⁵¹ Vide Wilson Melo da Silva, Responsabilidade sem culpa e socialização do risco, p. 155-156. Belo Horizonte, Editora Bernardo Álvares, 1962. Apud Gonçalves, op. cit. 492 e 493.

⁵² Destaca-se que o argumento de mera ligação, na construção de Gonçalves, na visão desta autora se torna instrumento de realce do verdadeiro objetivo da evolução da teoria da responsabilidade civil subjetiva e de como o risco está associado a se imputar, com mais facilidade, a obrigação de indenizar, mitigando a demonstração de culpa, ao inverso de se mostrar uma excludente de responsabilidade.

⁵³ Gonçalves, op. cit, p. 493.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

outro pelo fato de amá-lo, raciocínio que se mostra esdrúxulo até mesmo em um mero esforço teórico. Enquanto o risco negocial se funda na busca por equilibrar a exposição operada pelo perigo imposto pela atividade do agente, o risco de amor busca repartir, entre ambos os parceiros, de maneira equânime, as chances de sucesso e de fracasso, de acerto e de erro, da relação amorosa. Se amar é compartilhar, a premissa não se restringe aos prazeres ou pequenos dissabores da vida a dois. Também congrega os efeitos jurídicos de um relacionamento.

O que se desume da interpretação jurisprudencial construtiva civilista é um grave desvirtuamento da natureza jurídica da figura do risco, havendo dissonância entre o seu conteúdo constitutivo e a forma como vem sendo aplicada. Na prática processual, a Teoria do Risco é imputada, via de regra, com características das ciências administrativas, como o risco de fracasso computado pelo empreendedor ao iniciar um novo negócio, quem arcará com todo o prejuízo; ou como o risco negocial emprestado pelo Direito do Trabalho, em que se imputa somente ao empregador o ônus de arcar com a chance de fracasso, sem poder repassar seu prejuízo aos funcionários, especialmente em atrasos salariais. Toda essa ideologia aplicada aos relacionamentos afetivos reverte absoluta e exclusivamente contra os requerentes, transformando a Teoria do Risco em instrumento de excludente da responsabilidade e matéria de defesa a favor dos requeridos.

Os julgados que caminham dessa maneira não andam bem, ferindo de morte, principalmente, à garantia de isonomia. E ainda que a jurisprudência esteja querendo se referir a uma “Teoria do Risco de Amor”, quase que exclusivamente vinculada às chances de fracasso do vínculo e de suportamento de dor pessoal, mesmo assim os acórdãos permanecem *contra legem* vigente.

O conteúdo jurídico da “Teoria do Risco do Amor” dever ser definido como a probabilidade de falência da relação amorosa e atração de dor pessoal decorrente, em proporções previamente presumíveis pelos parceiros que iniciam um relacionamento romântico, e também computado, no risco, as chances de se lesionar ao outro, por práticas ilícitas.

Ora, por inteligência gramatical das linhas decisórias, tem-se que os “danos de amor” em geral não seriam indenizáveis porque supostamente estariam inseridos no conjunto de lesões integrantes do patrimônio de risco dos parceiros românticos. Então, em respeito ao princípio da legalidade e da isonomia, é de se admitir, via de consequência, que a “Teoria do Risco do Amor” precisa ser aplicada de forma equânime e compartilhada, para ambas as partes, impendendo em direitos e deveres – ou melhor, em responsabilidade – para os dois parceiros.

Não é próprio da figura jurídica do risco indenizatório que este se converta, literalmente, em desculpa do agente, independente da natureza da lesão em debate. Pelo contrário, o risco faz aumentar o grau de alerta dos ativos, em favor dos passivos.

Porém, a eficácia dessas sentenças tem feito com que a Teoria do Risco em face dos “danos de amor”, se volte exclusivamente contra o lesionado, sem maiores averiguações. Essa interpretação jurisprudencial se constitui em um atentado às garantias

constitucionais fundamentais, tanto as de direito material quanto processual, destacando-se a igualdade, a legalidade e a isonomia dentre outros, desvirtuando ao conteúdo jurídico mínimo do risco e impedindo que a referida figura alcance sua respectiva função social, impendendo em urgente necessidade de revisão pelos julgadores. A Teoria do Risco, ou a “Teoria do Risco do Amor” não podem ser adotadas como mecanismo de desculpa para o exercício abusivo de direito.

Trabalhando por uma adequação da figura aos contornos afetivos, primeiramente, já que é da essência da Teoria do Risco não falar em culpa e punir diretamente aos agentes, então que não se pode desvirtuá-la a ponto de passar a punir às vítimas lesionadas⁵⁴.

Em uma relação amorosa, pressupõe-se que haja um equilíbrio inicial entre as partes em sentido amplo; assim como o risco de falência e dor também é distribuído por igual entre eles – como em um jogo, em que os participantes começam com o mesmo número de fichas. Em que pese ser integralmente conferida uma parcela dessa probabilidade a cada parceiro, o risco é compartilhado, relevada a sua característica de reciprocidade – ambos os parceiros têm chances potenciais de ferirem ou de serem feridos.

Risco compartilhado significa a possibilidade concomitante de ambos os parceiros românticos virem a ter de arcar com o prejuízo indenizável, que causarem respectivamente contra o seu consorte afetivo, relevado que atuam cada um em seu próprio interesse.

Ab initio, o risco permanece assumido individualmente em sua totalidade, resistindo inclusive ao livre exercício do direito de romper, se também persistir o equilíbrio na relação, caracterizado pelo não causamento de dano ao outro⁵⁵.

Contudo, o risco pessoal atinge a esfera compartilhada indenizável, quando no curso do relacionamento sobrevier um fator de desequilíbrio, consubstanciado na operação irregular da relação por um dos parceiros – ato ilícito clássico ou abuso de direito – acarretando lesões indenizáveis ao par vitimado. A partir desse momento, visto que o agente atrai para si a obrigação de responsabilidade, então respectivamente a vítima, pela efetividade da lesão suportada, se torna titular do direito de exigir a reparabilidade, contra a porção de risco de causar dano de titularidade do parceiro. Resta claro como o risco se torna comungado, pois o parceiro lesionado permanece assumindo sua chance de “autoprejuízo”, mas até os limites da operação irregular pelo seu correlato afeto.

Ou seja, a pessoalidade exclusiva do arcar-se com as chances, e com a efetiva falência relacional⁵⁶, termina quando o parceiro extrapola a finalidade social do relacionamento afetivo, ou age em ato ilícito clássico. Afinal, esta não é uma espécie de risco que se resume à probabilidade de erro e acerto para uma futura conjugalidade, ou em prol da duração matrimonial. Outrossim, estende-se à possibilidade de causar danos

⁵⁴ Ainda que pela ausência de reconhecimento de direito.

⁵⁵ É sempre bom lembrar que a base da Teoria da Indenização começa na trilogia de Ulpiano, na qual está consagrado o dever de não causar dano a ninguém.

⁵⁶ Esclareça-se que, ao se tratar da Teoria do Risco do Amor, pretende-se abranger a todas as hipóteses de “danos de amor”, causados em face do próprio rompimento ou da operação irregular.

APÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

patrimoniais *lato sensu* ao outro pólo, momento em que é gerado o dever de indenizar. Cada parceiro é titular de seu próprio risco e como age em seu interesse vem a responder pela lesão causada no outro par de afeto.

Enfim, pode-se resumir a relação do “risco de amor” na chance de vir, o indivíduo, a arcar única e pessoalmente, com a falência do relacionamento afetivo, prejuízo este que passa a ser compartilhado quando o parceiro cruza a linha da regularidade do exercício dos direitos, ou pratica uma conduta culposa, com negligência ou imprudência.

Estabelecido que o cerne da Teoria da Culpabilidade atual tende, com virtude, cada vez mais para a responsabilização dos indivíduos pelos seus atos, destoando das linhas clássicas meramente punitivas; e que o foco de qualquer Teoria do Risco deve impender para a orientação das condutas humanas bem direcionadas para a responsabilidade social, então é lícito dizer que é de se admitir a Teoria do Risco nos Relacionamentos Afetivos, cuja interpretação há de ser mitigada e contextualizada, de acordo com a função social do risco e à melhor responsabilização dos agentes.

Não pode, o magistrado, negar-se ao conhecimento efetivo e eficaz da causa, caminhado para um “deslinde de praxe” apenas por se tratar de “danos de amor”, sob pena de um descontrole social da operação das relações típicas.

Não é preciso um ordenamento jurídico que informe as hipóteses exaustivas de culpa, caracterizando formas ilícitas de dissolução dos vínculos, ou de verificação dos abusos no relacionamento. Mas de um efetivo sistema de responsabilização social aplicada, em respeito ao próprio espírito da Constituição Federal.

Relacionar-se é compartilhar e, desta forma, também a Teoria do Risco deve ser dividida. Não seria moral, ético ou correto deixar impune aquele que, por seu comportamento irregular, provoca lesão, ainda que apenas de ordem moral, em outrem, meramente por que se trata de uma relação de amor, cujo início, via de regra, já caminha para um fim indesejado.

É reconhecido o direito de romper, desde que exercido com responsabilidade pelos contratantes. Afinal, se o direito brasileiro não excluiu o dever indenizatório dos laboratórios, as idiosincrasias de um consumidor de remédio aprovado, face da reação bioquímica em seu organismo, por que ofereceria contrário tratamento aos que de boa-fé abrem o coração para o sentimento mais profundo e saem da relação com danos pessoais? Se de fato se preza pela boa-fé objetiva, não se pode excluí-la das relações afetivas. O direito de romper há que ser exercido com respeito e compartilhando os riscos.

A função social da responsabilidade civil caracterizada como instrumento de apaziguamento social não é novo, pelo contrário. O caráter de pedagogia da indenização tem sido amplamente reconhecido pelos Tribunais Superiores, atuando tanto na coibição dos danos atuais pela apreciação do caso concreto, quanto na prevenção de danos futuros, através do exemplo noticiado à sociedade, haja vista que o cidadão, antes de cometer o abuso, resta bem alertado das iminentes conseqüências jurídicas de seus atos⁵⁷. Eis o exemplo.

Ademais, a reparação deve ter fim também *pedagógico*, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. (Processo n.º 295502000 – Acórdão n.º 2076 – 11.ª Câmara Cível – 6.3.2006 – Des. Relator José Mauricio Pinto de Almeida).

Pense-se na pessoa lesada, no sujeito de direito que é o cerne obrigatório da Justiça, em sua dor e prejuízo – como negar a estes o pleno acesso à Justiça efetiva e a um julgamento justo, em pleno Terceiro Milênio, apenas com base no melindre de certa parcela da sociedade acerca de vencidas questões morais? Os relacionamentos afetivos são uma das principais fontes de interface social e precisa de atenção especial do Estado-Juiz, para uma regulação apropriada, estabelecendo-se os limites para a atuação dos parceiros.

A violência, que constitucionalmente se deve coibir, não depende da “via de fato”. A questão não é intenção, mas a condução dos atos dos parceiros. Para se converter uma pessoa de conhecido a parceiro, é preciso investimento e construção de confiança. Símile forma deve ser respeitada, quando da ocasião de um rompimento. Dizia Braz Cubas⁵⁸ “não te irrites se te pagarem mal um benefício; antes cair das nuvens que de um terceiro andar”. Mas na prática, a dor pode se equivaler, levando inclusive à cessação da vida humana da vítima, por ato reflexo.

Conclui-se, reafirmando que o direito de romper é assegurado de forma absoluta e em qualquer situação, mas não pode prevalecer como excludente de responsabilidade sobre a obrigação indenizatória, como pretexto para o cometimento de abusos, ainda que se trate a relação de um ato jurídico *strictu sensu* e, conseqüentemente, os efeitos jurídicos não sejam o fim imediato. Ainda de Machado de Assis, a atribuída citação de que “cada qual sabe amar a seu modo; o modo pouco importa; o essencial é que saiba amar”. São belas linhas poéticas e certamente que o maior autor brasileiro não invocou beleza na violência e na irresponsabilidade.

5 Conclusão

A Pós-Modernidade revisitou o direito e constitucionalizou os institutos privados, conferindo-lhes típica função social, a ser investigada no momento da subsunção dos fatos às normas – gerais ou específicas. Assim, impende aos operadores do direito a quebra dos preconceitos sócio-jurídicos, visando garantir a eficácia das tutelas constitucionais, a todas as relações judicialmente questionadas, independente de sua natureza. e mesmo no antecedente do contencioso, é vital o estímulo à conduta socialmente responsável, promovido pela construção da cultura cidadã, cujas lições provêm de diversas fontes, especialmente dos tribunais, que ao punirem o ato ilícito, não apenas reequilibram

⁵⁷ Colacionamos apenas dois acórdãos exemplificativos, mas os leitores encontrarão com facilidade vasta orientação jurisprudencial, porque essa natureza pedagógica, longe de ser novidade, tem sido o estribo dos julgados indenizatórios.

⁵⁸ Machado de Assis, Memórias póstumas de Braz Cubas – domínio público.

A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A TEORIA DO RISCO DE AMOR – NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO APLICADOS AOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

a relação *in casu*, como também enviam potente notícia a toda a comunidade, informando que o poder judiciário está atento às condutas irregulares dos particulares, as quais não passarão impunes perante a justiça – é o fenômeno da pedagogia das indenizações, emergindo da função profilática das sentenças.

No campo dos relacionamentos afetivos não é diferente. Independente de se ter sob exame uma relação de natureza familiar ou afetiva em sentido estrito, a aplicabilidade da responsabilidade civil é uma realidade constitucionalmente garantida. Esfera jurídica altamente peculiar – de onde emergem figuras típicas, como os “danos de amor” e a “teoria do risco de amor” – suas lesões, por décadas, foram reputadas como “não indenizáveis de plano”, ferindo ao direito fundamental à reparação.

Grande carga de preconceitos orientava esse pensamento, bem demonstrado pelo fundamento jurídico que se popularizou entre os órgãos judiciais – a teoria do risco – imputando às vítimas todo o suportamento das lesões decorrentes da operação irregular do relacionamento romântico, quase como uma punição, enviando sinais contraditórios para a sociedade – que lia tais decisões como um estímulo à violência e abuso de direito.

Ora, não se questiona – o sistema legal assegura tanto o direito de amar, quanto o direito de romper, desde que praticados com a responsabilidade vital e inerente ao ato. Nessa esteira, a teoria do risco de amor está distante de imputar a obrigação indenizatória objetivamente aos agentes, como também de “punir as vítimas”. Prospectando equilíbrio na repartição do risco, fundamentalmente, se fulcra na averiguação e coibição do abuso de direito.

O que antes poderia parecer um grande esforço de pensamento científico e de interpretação lógico-extensiva, hoje é amplamente corroborado por tutelas positivadas, a exemplo da lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que expressamente reconheceu a peculiaridade da natureza das lesões oriundas do abuso nas relações amorosas – familiares ou não – além de impor um fim cabal ao questionamento da indenizabilidade dos danos. A releitura interpretativa já chegou aos tribunais, readequando a teoria do risco à sua apropriada e constitucional função social.

6 Referências Bibliográficas

Carvalho Neto, Inácio de. Responsabilidade civil no Direito de Família, vol. IX. 2ª ed., rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2005.

Gonçalves, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil de acordo com o Novo Código Civil. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: Parte Especial: do Direito das Sucessões, vol. 20, Antônio Junqueira de Azevedo coord., São Paulo: Saraiva, 2003.

Leite, Eduardo de Oliveira. Família Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Parodi, Ana Cecília. Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos.

ANA CECÍLIA PARODI

Campinas : Russell, 2007. 598 p

POPP, Carlyle. O Direito em Movimento. Curitiba : Juruá, 2007. 229 p.

Rizzardo, Arnaldo. Direito de Família, vol. I, 1ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1984.

Rodrigues, Sílvio. Direito Civil, vol. VI, 27ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

Rosenberg. La famiglia nella storia, Torino: Giulio Einaudi, 1979, p. II.

Santos, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação Civil na Separação e no Divórcio, São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.