

DANO MORAL PROMOVIDO POR INFIDELIDADE CONJUGAL POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL

*** CLAUDIANE APARECIDA DE SOUSA**

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga FADIPA.
Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Minas Gerais.
Pós-graduada em Direito Público pela APROBATUM/FADIPA
Assessora de coordenação da Universidade Presidente Antonio Carlos
Atualmente é professora de Direito Civil no curso de graduação da FADIPA e advogada.

**** MARQUES ROGÉRIO DE SOUZA**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar o instituto do dano moral frente à infidelidade conjugal, bem como pesquisar a existência de possível responsabilização civil (obrigação de reparar) do agente causador do dano. Fez-se necessário, para uma melhor compreensão acerca do tema, um estudo sobre o instituto do dano moral, sua evolução histórica e sobre o casamento, destacando-se conceito, finalidade, natureza jurídica e efeito jurídico. Também sobre a responsabilidade civil ao que tange, conceito, natureza jurídica, responsabilidade civil subjetiva e as normas que regem em nosso ordenamento jurídico. Com base nesse conhecimento é possível traçar um paralelo entre dano moral, infidelidade e reparação civil. Ao longo de toda pesquisa fica claro que vários princípios constitucionais, assim como nosso Código Civil, norteiam e amparam o cônjuge vitimado, quando lesado por algum descumprimento dos deveres matrimoniais. Como objetivos principais, este trabalho procura levantar e discutir, as bases legais e os aspectos relevantes no tocante à indenização por dano moral em face da infidelidade conjugal e analisar a consequência do ato supramencionado ao lesante. Este não somente na esfera do Direito de Família, como também na seara do Direito Civil.

Palavras-chave: Dano moral. Infidelidade. Reparação civil.

1 INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o dano moral deve se reservar exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial, mas por outro lado o dano é considerado como uma lesão a um direito que de certa forma acarreta uma sensação de perda. No que diz respeito a moral deve-se levar em consideração as raízes antigas levando em consideração a influência da filosofia Grega, onde a moral prevalecia sobre os direitos e era visto como atividades humanas naquela época.

E como não poderia deixar de ser, o dano moral também ingressou no direito brasileiro, o que é justamente o objeto de estudo desta monografia, tendo como objetivo a análise do instituto do dano moral tendo em vista a infidelidade conjugal, apontando as mais relevantes formas de aplicação no direito brasileiro a fim de avaliar sua importância na sociedade.

É de suma importância a observação de que para configurar dano moral, é necessário que a ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo tenha o condão de gerar alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva do cônjuge. Contudo, mero desentendimento corriqueiro, aborrecimento, discussões que fazem parte da normalidade do dia-a-dia, não devem ser utilizadas para a configuração do dano moral, ou seja, deve-se utilizar a lógica do razoável para distinguir as situações que realmente necessitam de tutela jurídica.

Ao longo do estudo o objetivo inicial foi conceituar o dano moral, com seus princípios e evolução jurídica sempre observando a relação conjugal, estabelecendo os direitos e deveres dos cônjuges na constância do casamento. O instituto do casamento também é abordado no estudo, pois configura um dos mais importantes atos jurídicos, pois além de disciplinar a relação entre os cônjuges, preza pela igualdade e a todas as obrigações que tal ato impõe aos cônjuges.

A escolha do tema “Dano moral por infidelidade conjugal” foi feita em virtude do fato em que se tem observado na atualidade de vários casos de pessoas que após o término de uma relação conjugal com certo constrangimento em virtude de infidelidade, não conseguem retomar um ritmo de vida saudável, e como consequência, pode levar ao sofrimento, abatimento psicológico, exposição vexatória, entre outros. Isso se aclara em decorrência do descumprimento de dever legal durante a sua vigência. Tal tema é relevante e atual tendo em vista os vários casos de pessoas que passam por essa dificuldade em sua vida pessoal.

Desta forma esta pesquisa tem a finalidade de apontar as hipóteses em que é cabível o reparo ao cônjuge através do dano moral, às aplicabilidades na Lei em que permite tal recurso judicial, assim como citar casos em que tal pedido foi julgado procedente pelo magistrado.

2 O DANO MORAL

Etimologicamente o vocábulo dano advém do latim *damnum*, termo com conotação bem ampla, utilizado para denotar qualquer prejuízo material ou moral causado a uma pessoa. Tem como fonte o fato de que a moral de um ser humano é um bem jurídico.

É possível ocorrer as duas hipóteses ao mesmo tempo, de forma que, o atentado ao direito à honra e a boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. Por isso, a expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial.

Resolve-se em danos morais, por exemplo, as lesões a direitos pessoalíssimos ou inerentes a personalidade humana (como direito à vida, à liberdade, à honra, a dignidade), a direitos de família (resultantes da qualidade de cônjuge, de pai ou parentes), causadores de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.

Assim, todo mal causado ao estado ideal das pessoas, resultando mal-estar, desgosto, aflições, desconforto, humilhações, entre outros danos não patrimoniais subjetivos (dores físicas e sofrimentos da alma), que interrompem o equilíbrio psíquico, constituem causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral ou espiritual.

Doutrinadores contemporâneos consideram o dano como sendo a diminuição ou subtração de um bem jurídico, uma vez que a idéia atual de dano surge das modificações do estado de bem estar da pessoa, que são conseqüências à diminuição ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados, extrapatrimoniais ou patrimoniais.

Neste diapasão, afirma Cleyton Reis (1998, p. 4) que: “O dano deve ser considerado como uma lesão a um direito, que produz imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda.”

No que tange à moral, para José Cretella Junior (2010), esta, possui raízes mais antigas, tendo em vista ter recebido influência da filosofia grega. Para os gregos, a moral era concebida como ciência geral das ações humanas e prevalecia sobre o direito, que era visto apenas como parte das atividades humanas.

Essa noção pouco clara da moral influenciou a idéia de ético no Direito Romano e perdurou no tempo, dificultando uma melhor definição do instituto do dano moral, que nessa concepção, se disse da ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.

Unindo-se os conceitos de dano e de moral supracitados, se pode aproximar da atual concepção do instituto do dano moral propriamente dito.

Chega-se, pois, à conclusão que dano moral pode ser entendido como sendo a ameaça ou agressão aos bens jurídicos extras patrimoniais do indivíduo, atingindo seus direitos da personalidade relativos à intimidade, privacidade, dignidade e honra, causando-lhe um estado de raiva, angústia, vexame ou frustração, que a doutrina genericamente chama de *dor*. A doutrina majoritária segue justamente este entendimento, senão vejamos:

Para Carlos Alberto Bittar:

Qualificam-se como morais, os danos em razão da esfera da subjetividade ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que vive repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (BITTAR, 1992, p. 41).

No entendimento de Yussef Said Cahali (1998, p. 20): “Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais

inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado.”

Já para Orlando Gomes:

Dano Moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilícitamente produzido por outrem. Trata-se, pois, de lacuna que deve ser preenchida, para a necessária atualização de nossa lei civil, tanto mais necessária quanto procedem os argumentos invocados pelos partidários da responsabilidade (GOMES, 1994, p. 330).

E finalmente, para Cretella Junior (2010, p. 18): “é um desequilíbrio sofrido pelo sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, atingida no patrimônio ou na moral, em consequência da violação da norma jurídica por fato ou ato alheio”.

Então, são danos morais as ofensas aos atributos físicos, valorativo e psíquico ou intelectual da pessoa, violadoras dos direitos personalíssimos, que são suscetíveis de gerar padecimentos sentimentais como frustração, vexame, indignação, revolta, mágoa e dor.

Ressalte-se que para configurar dano moral, é necessário que a ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo tenha o condão de gerar alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral do ofendido. Não devem ser abarcadas as situações de mero desentendimento corriqueiro, aborrecimento, discussões que fazem parte da normalidade do dia-a-dia, devendo-se utilizar a lógica do razoável para distinguir as situações que realmente necessitam de tutela jurídica. É o que aduz Cavalieri Filho:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 89).

Verifica-se que o dano moral corresponde à dor e ressalta seus efeitos prejudiciais, designados pelo sofrimento, surgindo então, o padecimento, a frustração, a vergonha, o constrangimento da pessoa ofendida em sua honra e em sua dignidade. Portanto, a fim de diferenciar o dano patrimonial do dano moral, utiliza-se como critério a natureza dos efeitos do dano. Logo, o dano será material ou moral, conforme acarretar um prejuízo pecuniário ou econômico, ou quando tiver como consequência um prejuízo social ou sentimental, respectivamente.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL

3.1 Evolução no mundo

Desde tempos remotos o homem preocupa-se com a honra, vez que se trata de requisito inerente à sua natureza de ser pensante e comunicante, dotado de existência e como tal, impondo-se valores como individualidade e moralidade.

Embora recente, na maioria das legislações contemporâneas a idéia de aceitação pacífica da responsabilidade por danos morais, sempre houve algum tipo de norma a amparar algumas das pretensões hoje consolidadas.

No mais antigo Código encontrado praticamente íntegro, o *Código de Hamurabi*, que data de dezoito séculos antes da nossa Era Cristã, já eram estabelecidas regras de proteção a quem sofria uma agressão. Seu princípio geral era a idéia de que “o forte não prejudicará o fraco”, pelo que sua interpretação nos demonstra que havia uma preocupação constante de conferir ao lesado uma reparação equivalente, o que ficou mais conhecido através do seu célebre axioma primitivo “olho por olho, dente por dente” (a Lei de Talião). Geralmente a compensação moral vinha mesclada com a penalidade, inclusive com ela se confundindo, como nas regras de Talião. Assim:

Art. 196. Se um cidadão vazar o olho do filho de um cidadão, se vazará o seu olho.

Art. 197. Se quebrar um osso de um homem, se quebrará seu osso.

Art. 229. Se um arquiteto fez uma casa para outrem, e não a fez sólida, e a casa desmorona e mata o proprietário da casa, o arquiteto será morto.

No entanto, em alguns casos chegou a se normatizar legítima indenização por dano moral, como se vê:

Art. 138. Se um cidadão repudia a mulher que não lhe deu filhos, deverá dar-lhe a importância do presente nupcial e restituir-lhe a doação que ela trouxe consigo da casa de seu pai e assim poderá mandá-la embora.

Art. 139. Se não houver presente nupcial, ele deverá dar-lhe uma mina, moeda de cerca de 500 gramas de prata, como indenização do repúdio.

[...]

Art. 161. Se alguém entregou o presente nupcial à casa do sogro e lhe deu o preço pago pelo seu pai ao sogro e então um amigo o difamou e seu sogro disse ao esposo: 'não tomarás minha filha como esposa', ele restituirá o dobro de tudo que lhe foi trazido e seu amigo não poderá tomar sua mulher como esposa.

Dez séculos mais recente que o anterior, o *Código de Manu*, que tinha como primeiro objetivo assegurar a predominância da classe sacerdotal dos brâhmanes e a rígida separação de classes sociais na Índia, fazia alguma referência à indenização por dano moral, sendo o seu maior mérito a possibilidade de ser ressarcido o dano através de quantia pecuniária. Confrontando-o com o Código de Hamurabi, não há como negar que, do ponto de vista da civilização moderna, o Código de Manu significou uma avanço, eis que, enquanto no primeiro, a prioridade era o ressarcimento da vítima através de uma outra lesão ao lesionador original, o segundo determinava a sanção através do pagamento de um certo valor pecuniário.

O *Código Mosaico*, registrado no Pentateuco, datado de aproximadamente do século II A.C que regeu a sociedade hebréia, deixou duas heranças fundamentais ao Mundo Ocidental: a primeira – a idéia de que os homens são iguais, já que partidos de uma ascendência divina comum; e a segunda – a noção de que o governante está subordinado à lei, o que constituía uma idéia original na Antiguidade. Submetidos a uma rígida disciplina regida pela Lei de Talião – olho por olho dente por dente –, os hebreus conheceram também regras destinadas a indenizar ou compensar um dano moral.

Já em Roma, a *Lei das XII Tábuas*, primeira lei escrita romana, fruto das reivindicações plebéias, cuja origem se estabelece no século IV a.C., também traz a

reparação dos danos causados a alguém como uma de suas preocupações. Na Tábua Sétima que trataria dos Delitos, encontra-se estas disposições: “Se alguém causa dano premeditadamente, que o repare. [...] Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses (moedas de cobre, com peso aproximado de 10 onças ou 270 gramas)” (MEIRA, 1961, p. 23).

Como se percebe, primitivamente, a indenização por algum dano causado a outrem era tarifada, com seu valor previamente fixado na legislação. Deste sistema, evoluiu-se para um *quantum* fixado pelo Magistrado, que avaliaria todas as condições e peculiaridades de cada caso. Inclusive até os dias de hoje, ao menos no Brasil, não existe um critério objetivo para a quantificação do valor a ser pago, conforme o artigo 944 do Código Civil de 2002, apesar de existir uma tendência para se uniformizar os casos semelhantes.

E assim a abrangência do dano moral nas legislações foi evoluindo, se fazendo presente em diplomas mundialmente famosos e que serviram e servem de base até hoje para vários ordenamentos jurídicos. É o caso do Código Napoleônico, de 1804; do primitivo Código Civil Alemão – BGB, de 1896; do Código Civil da Suíça – ZGB, de 1907; do Código Civil italiano, de 1942; do Código Civil português, de 1967; entre muitos outros.

3.2 Evolução no Brasil

Como não poderia deixar de ser, o dano moral também ingressou no direito brasileiro, e é justamente a evolução deste instituto no ordenamento pátrio que é o objeto de estudo.

Durante o período colonial não havia qualquer norma sobre ressarcimento por dano moral. Foi com o advento do Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei n° 3.071 de 1° de janeiro de 1916) que passou a considerar a possibilidade de defesa do dano moral, sendo bastante questionável qualquer afirmação de sua possibilidade naquele momento histórico. No entanto, conforme se colhe de julgados vindos a lume nas

primeiras décadas de vigência deste código, a tese da reparabilidade dos danos puramente morais não teve pronto acolhimento no Brasil, e não era encarada com bons olhos pelos nossos Tribunais.

Tal entrave impediu o rápido desenvolvimento do assunto no país, conforme nos diz Felker:

Levou praticamente meio século para que fossem reconhecidos os objetivos da responsabilização por dano moral: a punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual, ou moral, seja mesmo de cunho material, além do caráter pedagógico.

[...]

O Código Civil brasileiro de 1916 não trouxe regramento específico e exposto sobre o dano moral. Em que pese a opinião de Clóvis Beviláqua, antes referida, autor do Projeto, quando comentou o art. 76, a interpretação do art. 159 pela jurisprudência pátria foi no sentido de serem considerados somente os danos patrimoniais materiais, ainda que exponenciais vezes doutrinárias pregassem em sentido contrário, ou seja, de que os danos de que tratava a lei poderiam abranger os danos morais (FELKER, 2007, p. 63).

Após tantos anos de divergência, a celeuma começou a ser dirimida no âmbito constitucional. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi consagrado o direito à compensação por dano moral ao estabelecer diversas disposições expressas sobre a matéria, além de consagrar também os Direitos da Personalidade e ressaltar a defesa da dignidade humana.

Tal tendência já pode ser percebida no primeiro artigo que versa sobre os Princípios Fundamentais, onde se tem disposto que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2013).

Como se pode perceber, entre as garantias individuais, com eficácia e aplicação imediatas, a Carta Magna de 1988 trouxe importantes disposições sobre a proteção dos direitos da personalidade, abrangendo o dano moral, como se pode perceber no artigo 5º:

Art. 5º, V. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 2013).

Diante de tais normas constitucionais claras e expressas cessaram as anteriores interpretações restritivas do art. 159 do Código Civil de 1916 e passou-se a admitir, sem restrições, a indenização por dano moral, o que indicava um sinal dos novos tempos, que certamente fariam tal instituto presente no próximo Código Civil, que já estava prestes a sair do forno.

Assim, o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, vigente desde 2003 não teve o mesmo problema do anterior, tanto que dedicou um capítulo (arts. 11 a 21) aos Direitos da Personalidade, verdadeiro avanço da nossa legislação civil. Tanto que são merecedores de destaque alguns artigos deste capítulo:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

[...]

Art. 21. A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2013).

No que tange o direito a reparação civil promovida por infidelidade conjugal, foco principal de nosso estudo, o instituto do dano moral não foi trazido expressamente em nosso Código Civil e em nossa Constituição Federal, porém, vale ressaltar, que de acordo com a clara interpretação de seus artigos, trata-se de direito resguardado a pessoa que se sinta lesada em virtude do ato supracitado.

4 INSTITUTO DO CASAMENTO

4.1 Conceito

O casamento configura um dos mais importantes institutos jurídicos. Disciplina as relações entre os cônjuges e se revela como verdadeira comunhão de vida, pela

qual homem e mulher se unem para partilhar o destino comum. Como é de conhecimento de todos, por experiência própria ou observando o que se passa ao redor, traz inúmeras mudanças para quem o contrai. Com este enlace matrimonial procura se executar um projeto que envolve vida íntima, hábitos, atividade profissional, bens, aspirações e sonhos. As mudanças que o compreendem, portanto, são inevitáveis, tanto mais que o projeto passa a ser não só de uma, mas sim duas pessoas. Assim para Caio Mario da Silva Pereira (2008, p. 53) o casamento é “A união entre duas pessoas de sexos diferentes, realizando uma integração físico-psíquica permanente”.

Não resta dúvida de que o matrimônio acarreta aos que nele se vinculam, relações de diversas naturezas como as de ordem psíquica, física, moral e social. Confirmando tal idéia, Wetter (2010, p. 40) disse ser o casamento “a união do homem e da mulher com o fim de criar uma comunidade de existência”.

Não há uma definição exata para o que realmente seja o casamento, mas, entretanto pode-se conceituá-lo como sendo a união afetiva matrimonializada pelo rito formal da celebração. É um negócio jurídico constituído pelo consentimento recíproco de um homem e uma mulher, na forma da lei, estabelecendo a criação de sociedade e vínculo conjugais disciplinados pelo direito positivo, dando origem à família nuclear e aos efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais dela decorrentes.

Com o casamento, surge aos nubentes uma série de direitos e deveres recíprocos. Parece certo que os direitos e deveres em consequência do casamento não se limitam àqueles apontados na doutrina em geral, não se consubstanciam de forma alguma à simples condutas regradas pelo ordenamento jurídico, mas alcançam a própria esfera da conduta íntima dos nubentes e de um em face do outro.

São caracteres peculiares do casamento: a solenidade do ato, a diversidade dos sexos, a monogamia e a dissolubilidade. O casamento, como negócio jurídico que dá margem a família legítima, é também ato pessoal. É ato solene, pois obedece a um ritual, com requisitos formais. A lei o reveste de uma série de formalidades perante a autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade, outorgando com isso garantia de validade ao ato.

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 41) ensina: “A solenidade inicia-se com os editais, desenvolve-se na própria cerimônia de realização e prossegue em sua inscrição no registro público”.

Nosso Código Civil em seu artigo 1.573 dispõe as cláusulas que impossibilitam o casamento, tornando-o um ato juridicamente incorreto.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:
I – adultério;
[...]
VI - conduta desonrosa.
Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Juntamente com as obrigações inerentes a vida conjugal, o princípio da dignidade humana, presente na Constituição Federal de 1988, também deve ser respeitado. Prevê o art. 1º, inc. III, da referida constituição, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2013).

4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Considerado como o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira e direito fundamental resguardado pela Constituição Federal de 1988, foi o princípio da dignidade da pessoa humana que como conseqüência, eleva o ser humano ao ápice de todo sistema jurídico. A dignidade humana serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela surge o respeito, a integridade física e psíquica, a admissão de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver em condições fundamentais de liberdade e igualdade. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 36), a dignidade humana é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

Estado e da comunidade, obstando todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.”

4.3 Natureza jurídica

Há varias divagações sobre a natureza jurídica do casamento. Muitos afirmam ser ela contratual (teoria contratualista), outros institucional (teoria institucionalista), e há aqueles que dizem ser o casamento contrato e instituição (teoria mista).

A noção contratualista considera o casamento um contrato decorrente da natureza humana. Esta concepção enfatiza a manifestação de vontade dos nubentes, considerando-a como pressuposto essencial para a existência do matrimônio e deixa a intervenção do sacerdote, no casamento religioso, ou a intervenção estatal, no casamento laico, em posição secundária. Assim, afirma-se que o casamento é um contrato civil, à medida que ele ultima-se e aperfeiçoa-se unicamente por meio do consentimento recíproco dos nubentes. Entretanto, diz-se ser o matrimônio um contrato civil *sui generis*, especial de Direito de Família, haja vista que, diante de suas particularidades, nele não se aplicam os dispositivos legais próprios das relações de direito patrimonial.

Na teoria institucionalista o casamento é tido como uma instituição social. Nela, a intervenção estatal é fator relevante na constituição e regramento do matrimônio. Os nubentes, ao se casarem, devem expressar livremente sua vontade. Entretanto, essa manifestação diz respeito tão somente ao ato de casar-se, já que tal liberdade não abrange as normas, os efeitos e a forma do casamento. O matrimônio, aqui compreendido, acarreta aos contraentes a adesão ao estatuto legal, impondo-lhes regras cogentes e inalteráveis. Para Maria Helena Diniz (2002, p. 43): “O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem.”

A teoria mista divide o casamento em dois momentos, atribuindo a cada um deles natureza jurídica diversa. Destarte, a formação do casamento, denominada como

casamento-ato, possui natureza contratual, por originar-se de acordo de vontades. Já o momento que compreende a duração e a dissolução do casamento, denominada casamento-estado, tem natureza institucional, por predominar a interferência do poder público e a inalterabilidade de seus efeitos.

Tendo em vista o valor do casamento na constituição da sociedade, o Brasil aderiu a teoria institucionalista. A fim de justificar é preciso demonstrar, como fez Maria Helena Diniz (2002, p. 44-45), as diferenças existentes entre contrato e instituição:

- a) no contrato os interesses dos contraentes são divergentes (um quer o menor preço e o outro o mais alto); no casamento, os interesses são coincidentes;
- b) o contrato produz efeitos somente entre as partes; a instituição, inclusive o casamento, impõe seus efeitos também aos terceiros;
- c) no contrato, os contraentes têm liberdade para contratar e definir regras; no casamento, os cônjuges possuem liberdade restrita, já que podem disciplinar somente questões atinentes às relações patrimoniais e desde que não contravenha disposição absoluta de lei;
- d) o contrato desata-se pelo destrato; o casamento desata-se pelos modos definidos em lei, quais sejam nulidade, anulabilidade, falecimento, separação judicial e divórcio.

Mediante tais considerações, pode-se observar que a verdadeira idéia de casamento é contrária à de contrato. Considerá-lo como instituidor de relação meramente contratual é o mesmo que ferir seus nobres e elevados fins.

4.4 Finalidade

A finalidade do casamento equipara-se mais com a ciência sociológica do que a própria ciência jurídica, pois é considerado um fator tipicamente social. Entretanto é importante analisar tais finalidades, pois os efeitos jurídicos do matrimônio devem

estar em conformidade com os motivos que levam duas pessoas a se unirem por meio do casamento.

Os doutrinadores do ramo de Direito de família, estabelecem três finalidades para o casamento: procriação e educação da prole, disciplinação das relações sexuais e a mútua assistência, sendo esta elevada à categoria de principal.

Assim, Washington de Barros Monteiro (2008, p. 15) afirma que “Unindo-se pelo matrimônio, visam igualmente os cônjuges à obtenção de mútua assistência para superação dos encargos da vida”.

Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 42) diz que o casamento estabelece um vínculo legal, ético e moral entre os cônjuges, “objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica.”

Silvio Rodrigues (2004, p. 23), por sua vez, enfatiza que “a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem mútua assistência é mero corolário”.

Maria Helena Diniz (2002, p. 41) explica que com o matrimônio há “um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto que se ajudam mutuamente, estabelecendo-se entre elas uma comunhão de vida e de interesses tanto na dor como na alegria”, e ressalta ao citar Filomusi-Guelfi¹:

O matrimônio é a plena e íntima união do homem e da mulher... Logo, não é a procriação dos filhos a única finalidade do casamento, nem mesmo a purificação dos prazeres sexuais, mas a realização da união mais perfeita entre o homem e a mulher em todas as várias esferas dentro das quais se cumpre o destino humano.

¹ FILOMUSI-GUELF. Enciclopedia giuridica. *apud* GANGI, Calogero. Il matrimonio. In: DINIZ, Maria Helena, op. cit., vol. 5, p. 42.

E Ney de Mello Almada² destaca que:

Quem contrai núpcias quer assistir e proteger o seu par amoroso e essa expressão de amor é implícita no matrimônio como elemento lógico de sua motivação e finalidades maiores, pois o casamento é integração harmônica de predicados, suprimento recíproco de falhas, comunhão de esforços diferenciados, para o atingimento de um fim comum: a felicidade (ALMADA, 2008, p. 62).

Portanto, o fim principal do casamento está relacionado com a realização pessoal, sendo a mútua assistência o instrumento capaz de alcançá-lo. Assim, por meio do casamento, buscam a minimização de suas deficiências e a superação conjunta dos percalços da vida. Neste contexto, o dever de mútua assistência, demonstrado por uma conduta de satisfação recíproca, própria de duas pessoas que se amam, ganha expressiva importância, à medida que retrata o relevo da instituição familiar.

4.5 Efeitos jurídicos

Do enlace matrimonial resultam-se várias conseqüências que se distribuem em três espécies: social, pessoal e patrimonial. Esses direitos e deveres constituem os efeitos do matrimônio por vincularem os esposos nas suas mútuas relações, demonstrando que o casamento não significa simples convivência conjugal, mas uma plena comunhão de vida ou uma união de índole física e espiritual. Para fim do estudo em questão, aborda apenas os efeitos pessoais que se instauram entre os cônjuges, quais sejam: igualdade entre os cônjuges, dever de fidelidade recíproca, dever de mútua assistência, dever de respeito e consideração mútuos.

4.5.1 Igualdade entre os cônjuges

O movimento de equiparação dos direitos e deveres matrimoniais entre homens e mulheres iniciou-se com a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, chamada Estatuto

² ALMADA, Ney de Mello. Manual de direito de família. In: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**, p. 62.

da Mulher Casada. Com ele a mulher casada adquiriu alguns direitos, embora não se tenha diluído, por completo, as desigualdades. Assim sendo, as mulheres casadas passaram à condição de pessoa capaz, podendo auxiliar o marido na chefia da sociedade conjugal (artigo 233, *caput*) e no exercício do pátrio poder (artigo 380, *caput*, e parágrafo único).

A Constituição Federal de 1988, visando findar tal disparidade, estabeleceu, além dos princípios gerais de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”, e que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”, determinados no artigo 5º, *caput* e inciso I, que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Não há dúvida de que tamanha modificação na interpretação dos direitos e deveres conjugais trouxe inúmeras divergências a respeito. À medida que a Constituição Federal equiparou homens e mulheres, todos os efeitos jurídicos do casamento precisavam ser revistos e reinterpretados, de modo que se adequassem aos novos princípios constitucionais.

Com a promulgação do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, dissolveu-se as disparidades e questionamentos até então existentes. Determina seu artigo 1.511 que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, sendo o artigo 1.566 expressão dessa regra ao estatuir que: “São deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca, mútua assistência, respeito e consideração mútuos.”

4.5.2 Dever de fidelidade recíproca

Sendo a manutenção da sociedade conjugal interesse de toda a coletividade, teve por bem o legislador em instituir o dever de fidelidade no prol dos direitos e deveres recíprocos dos cônjuges. Isso porque, não há dúvida de que a infidelidade desagrega os cônjuges, separa-os e instaura entre eles a suspeita de desamor,

causando ao cônjuge vitimado extrema decepção, angústia, dor e sofrimento da alma.

O dever de fidelidade implica na abstenção de cada cônjuge praticar relações com outra pessoa, corroborando com tal definição Maria Helena Diniz expõe “a liberdade sexual entre os cônjuges fica restrita ao casamento”. O descumprimento estabelece o adultério, ofende a honra do outro consorte e perturba a estabilidade familiar, além de constituir injúria grave. Engana-se quem entende que, por não mais haver o crime de adultério, estaria extinto o dever de fidelidade recíproca. É de ser lembrada aqui a lição de Introdução ao Estudo do Direito, no que se refere a divisão do Direito: o fato de não ser crime (figura assim tipificada em lei), não quer dizer que não é ilícito. Tanto assim que é causa suficiente para a separação litigiosa, bem como o pedido de indenização por dano moral, de acordo com o caso concreto. A fidelidade conjugal é exigida por lei e constitui um dos deveres mais importantes do enlace matrimonial. Para Frank Pittman *apud* (MADALENO, 2009, p. 153)³, terapeuta estadunidense, a infidelidade configura: “A maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição”.

A questão da fidelidade é elemento importante para a própria caracterização do convívio e traduz-se sob os aspectos físicos e acima de tudo o moral.

4.5.3 Dever de mútua assistência

O dever de mútua assistência, também chamado de dever de socorro ou ajuda, possui duas vertentes: a material e a imaterial. No que concerne ao objetivo deste estudo, analisa apenas a vertente imaterial, que consiste na assistência emocional ou espiritual, o que caracteriza a finalidade do presente estudo.

³ PITTMAN, Frank Pittman. Mentiras privadas. *apud* MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. **Revista Brasileira de Direito de Família**, vol. 11, p. 153.

Os cônjuges não se contentam apenas com o conforto material. Esperam mais do matrimônio. Precisam de cuidados, atenção, compreensão e participação em todos os momentos de suas vidas, sejam estes bons ou ruins. É neste sentido que se expressa a concepção imaterial do dever de assistência recíproca.

A fim de valorizar tal aceção do dever de ajuda, Regina Beatriz Tavares Papa dos Santos cita Henri de Page:

Quantas mulheres não tem o coração martirizado pela indiferença e pelo alheamento de seus maridos! Quantos homens não sofrem pela descuidada frivolidade de suas mulheres! Quantas desuniões não foram provocadas por esse desconhecimento inicial do dever de assistência! O casamento não é somente união de sexos, ou a ocasião de obter uma situação pecuniária invejável, uma vida confortável e fácil. É bem mais do que isso, e os tribunais deveriam, eventualmente, ter a coragem de afirmá-lo (SANTOS, 2008, p. 74).

Clóvis Beviláqua, seguindo tal entendimento, diz que a mútua assistência “se circunscreve aos cuidados pessoais nas moléstias, ao socorro nas desventuras, ao apoio na adversidade e ao auxílio constante em todas as vicissitudes da vida” (DINIZ, 2002, p. 129).

Analisando mais detalhadamente tal dever, este está intimamente ligado à defesa dos direitos da personalidade. Isso porque, quando o cônjuge protege seu consorte de infortúnios, defende a sua honra. Enquanto cuida de seu parceiro doente, protege sua integridade física. Quando lhe oferece apoio, zela pela sua integridade psíquica, dentre outros.

No entanto, não se pode confundir o caráter protetivo do dever de assistência imaterial com submissão. O consorte defendido não deve obediência ao outro em nome da proteção que este pode lhe oferecer.

4.5.4 Dever de respeito e consideração mútuos

O dever de respeito e consideração mútuos possui um vasto conteúdo. Isso porque, esse dever relacionar-se diretamente com a idéia de apreço, estima e importância,

que um consorte deve ter para com o outro. Quando um desses pressupostos deixa de existir, é evidente que se coloca em risco a união conjugal. Na análise desses requisitos as características pessoais e sociais dos cônjuges devem ser levadas em consideração, à medida que a atitude desrespeitosa para uns pode não ser para outros. Neste contexto ensina o Professor Silvio Rodrigues (2004, p. 131): “[...] introduz o novo Código, entre os deveres recíprocos, o respeito e a consideração mútuos, até então não indicados no texto legal, mas já considerados como deveres implícitos do casamento.”

Embora tal dever pareça por demais subjetivo, há um critério objetivo e legal para o estudo do rompimento do dever de respeito e consideração mútuos: a violação dos direitos individuais e da personalidade.

Posto isso, nota-se que inúmeras causas especiais encontram guarida neste dever, ficando seu enquadramento à mercê da análise do caso concreto.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL

5.1 Conceito jurídico

A palavra responsabilidade teve sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da proibição de ofender, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Tomemos como exemplo, o art. 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É nesse contexto que

surge a idéia de responsabilidade, que para o Direito, representa uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências estas que podem variar de acordo com os interesses do lesado.

Portanto, a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a *priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, subordinando-se as conseqüências de seu ato (obrigação de reparar).

5.2 Natureza jurídica

A responsabilidade civil decorre a principio de um ato ilícito, ou seja, de uma violação da ordem jurídica, gerando desequilíbrio social, ressaltando-se como exceção, por rigor técnico, a possibilidade de a responsabilidade civil decorrer também, de uma imposição legal, seja em atividades ilícitas, seja em função do risco da atividade exercida. Na visão de Eduardo Garcia Maynez (1951, p. 284): “a conseqüência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”.

E para Carlos Alberto Bittar:

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge à necessidade de reparação, como imposição natural de vida em sociedade e, exatamente, para sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido (BITTAR, 1993, p. 16).

Diante de tais fundamentos percebe-se que a natureza jurídica da responsabilidade civil é sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária.

Tal instituto do nosso ordenamento jurídico tem como escopo reparar danos causados pelo autor, seja ele de ordem patrimonial ou moral. Para confirmar tal conceito dispõe Clayton Reis que:

O ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até se conscientizar da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar (REIS, 2000, p. 78-79).

A responsabilidade civil tem como pressupostos gerais os seguintes elementos: conduta humana, dano ou prejuízo, o nexo de causalidade. No que concerne à atuação da conduta humana de forma negativa, ponto relevante para o estudo em questão, nota-se que a mesma pode gerar dano atribuível ao omissor, sendo este responsabilizado. De fato, uma vez que a responsabilidade civil nos remete a idéia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator, é lógico que, para a sua configuração, ou seja, para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

No que se refere ao dano, aborda aqui, os aspectos que condizem ao dano moral, uma vez que ele representa ser de suma importância para a finalidade do tema tratado. É indispensável à existência de um dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Sem a ocorrência deste elemento não há o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade.

É muito importante, pois, que haja o cuidado de nos desfazer de conceitos egoisticamente ensinados pela teoria clássica do Direito Civil, e fixemos na premissa de que o prejuízo indenizável pode decorrer, não somente da violação do patrimônio aferível economicamente, mas também da vulneração de direitos inatos a condição de homem, sem expressão pecuniária essencial.

Precisa e contundente, a respeito do assunto, é a preleção do ilustrado Luiz Edson Fachin:

A pessoa, e não o patrimônio é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem a abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial (FACHIN, 2001, p. 51).

Toda forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa a coletividade. Até porque vivemos em sociedade e a violação do patrimônio, seja ele moral ou material, repercute na esfera pessoal.

5.3 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos.

Esta culpa, por ter natureza civil, se caracteriza quando o agente causador do dano atua com negligência ou imprudência, conforme disposto na interpretação do art. 159 do Código Civil. Do referido dispositivo normativo supratranscrito, verificamos que a obrigação de indenizar é a conseqüência juridicamente lógica do ato ilícito.

A noção básica de responsabilidade civil, no que tange a doutrina subjetiva, é, portanto, o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa.

6 REPARAÇÃO DO DANO MORAL FRENTE À INFIDELIDADE CONJUGAL

6.1 Descumprimento do dever de fidelidade

O dever de fidelidade recíproca se exterioriza através de uma obrigação de não fazer, ou seja, conduta negativa ou omissiva. O cônjuge para cumprir este dever não

pode manter relações sexuais com outra pessoa que não o seu consorte. Este dever segue protegido por meio de outro dever, qual seja, o dever de respeito e consideração mútuos. A infidelidade configura violação a tais imposições de nosso ordenamento jurídico e caracteriza séria injúria ao cônjuge vitimado, como tal, dá fundamento ao pedido de separação judicial por culpa e obrigação de reparar dano causado a outrem, isto, porém desde que a violação torne a vida conjugal insuportável (art. 1572, CC). A sociedade tradicionalmente assenta seus alicerces na família legítima que deriva do casamento e da união estável. Deste modo, quando entre os pilares do matrimônio recai uma traição, conseqüentemente ocorre o desequilíbrio estrutural e emocional do lesado, tornando a vida do cônjuge inocente insuportável e deixando, por muitas das vezes, cicatrizes que podem perdurar para o resto de sua vida.

Tal infringência implica no rompimento de deveres impostos pela Constituição Federal de 1988 e Código Civil e seu descumprimento gera sanções que possuem como objetivo a reparação do erro. Mediante o mencionado, expõe Silvio Rodrigues (2004, p. 126) que “a traição representa séria ameaça à vida conjugal, pois não raro ao cônjuge ofendido repugnará o convívio do adultério.”

Neste diapasão ao contrair matrimônio os nubentes se expõem a normas que devem sempre ser cumpridas ao longo do convívio conjugal. O descumprimento de tais, gera conseqüências tanto ao que tange a vida pessoal como ao que se enquadra em sanções previstas em nosso ordenamento jurídico.

6.2 Requisitos do dano indenizável

Temos em regra que todos os danos devem ser ressarcíveis, visto que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo* ante, sempre se pode fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.

Todavia, para que o dano seja indenizável é necessária a configuração de alguns requisitos mínimos, quais sejam, violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa, a certeza do dano e a subsistência do dano.

No que tange a violação de um interesse jurídico a Magna Carta de 1988, acompanhada pelo art. 186 do Código Civil, reconhece a plena reparabilidade do dano moral, independentemente do dano patrimonial. Já no que diz respeito à certeza do dano, vale ressaltar que somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém pode ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético, mesmo em se tratando de direitos personalíssimos. Maria Helena Diniz (2002, p. 60), lembra “a certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou ao seu montante”. Em se tratando de subsistência do dano, cabe mencionar que, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil. O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante.

6.3 Reparabilidade do dano moral frente à infidelidade conjugal

O direito à indenização surge do dano, material ou moral, causado pelo comportamento culposos de uma pessoa sobre outra. A indenização por danos morais deve representar uma punição ao infrator, objetivando desestimulá-lo a reincidir na prática do ilícito. Mede-se a indenização pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico sofrido, sem deixar pontificar o enriquecimento ilícito, mas observando as condições sociais e econômicas das partes envolvidas. A indenização deve propiciar ao ofendido uma compensação pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, ao mesmo tempo em que representa uma sanção ao culpado.

A reparabilidade do dano moral se pacificou na ordem constitucional brasileira com o advento da Constituição federal de 1988, que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu art. 5º, V e X, trilha seguida, inclusive, pelo Código Civil

brasileiro, que no que concerne ao casamento, dispõe em seu artigo 1566, inciso I que, são deveres de ambos os cônjuges, entre outros, a fidelidade recíproca. Dispõe ainda em seu artigo 1724, no que tange à união estável que: "*As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos*". Entretanto, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º, regulamentado pela Lei 9.278 de 1996, artigo 1º, bem como toda a doutrina dominante, equipara a união estável e o casamento em vários aspectos, entre eles ao dever de fidelidade ali expresso, no vocábulo "*lealdade*".

O desrespeito a tal dever configura-se, a princípio pela prática de relação sexual com pessoa estranha ao casamento ou à união estável. Entretanto, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva (2002, p. 1365): "Seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal."

Há ação passível de originar um dano moral sempre que um dos cônjuges pratica um ato jurídico ilícito, mediante a violação dos direitos e deveres do casamento. Ressalta-se que a infidelidade conjugal provoca dor, emoção, vergonha no mais profundo campo da intimidade do ofendido, ou seja, possui o condão causador de exteriorizar o sofrimento humano dos direitos da personalidade, ferindo todos os princípios que norteiam a sociedade conjugal. Caracteriza-se, portanto, como conduta antijurídica, que por suas conseqüências devem ser reparadas, o reconhecimento do dano moral neste caso é incontestável. Certamente, o cometimento de ilícitos como estes geram a desagregação no âmbito familiar, por meio de sentimentos como o menosprezo, a insegurança e o desamor.

Conforme decisão proferida pelo TJDF (2009) pode-se verificar que o dano moral decorrente da traição, é um direito seguramente amparado pelo nosso ordenamento jurídico, ainda que para alguns doutrinadores trata-se de um tema, resguardado apenas pela esfera do Direito de Família, vejamos:

TJDF Decide que ex-marido traído tem direito à indenização por danos morais

A 1ª Turma Recursal do TJDF confirmou sentença do juiz do 1º Juizado Especial Cível de Planaltina que condenou uma mulher a pagar indenização por danos morais ao ex-marido. Ela foi flagrada pelo cônjuge, nua, em conjunção carnal com outro homem, na residência e na própria cama do casal. Porém, a indenização, inicialmente fixada em R\$ 14 mil pelo juiz, foi reduzida para R\$ 7 mil pela turma recursal. O autor da ação impetrou o pedido de indenização após a homologação da separação litigiosa pela vara de família competente. Testemunhas ouvidas em juízo confirmaram o flagrante. Na época do litígio, ficou comprovada a culpa da esposa que, segundo a sentença homologatória, incorreu em quebra do dever de fidelidade, previsto no art. 1.566 do Código Civil. De acordo com o voto do relator, "a infidelidade sozinha não gera nenhuma causa de indenizar, pois pode ser tratada como um vexame pessoal que, quando muito, provoca o desencanto no final de um relacionamento amoroso. Todavia, por exceção, como nesse caso concreto, quando a situação adúltera causa grave humilhação e exposição do outro cônjuge, aí sim, a responsabilidade civil tem vez.

A infidelidade produz a culpa conjugal e também a culpa civil, tanto para o cônjuge masculino como ao feminino e gera indenização por dano moral. A prática da infidelidade, como já mencionado, desrespeita o artigo 1.566, I, do Código Civil. Além de violar o dever de mútua assistência e o dever de respeito e consideração mútuos.

Conforme demonstrado, aquele que infringe dever legal comete ilícito. Logo, o descumprimento de qualquer um dos deveres explicitados, na constância do casamento, ao ferir a ordem vigente, configura ilícito civil. Nessa esteira de entendimento, partindo-se do ilícito, e, existentes o dano e o nexo, nos termos de nosso ordenamento, há que se reparar o dano. De fato o descumprimento de qualquer dos deveres decorrentes do casamento impostos por lei, configura ilícito civil. Esse pedido pode fundamentar-se em fatos injuriosos e procedimentos vexatórios a que ficou exposto o cônjuge vitimado, além de ter vivido em situações que acarretam privações de apoio e consolo, descumprimento do dever de mútua assistência imaterial (proteção e respeito pelos direitos da personalidade do consorte), entre outras circunstâncias de caráter eminentemente ético, embasadas em regras morais e princípios de direito natural. Conforme exposto, corroborando com tal entendimento, o TJGO (2009), proferiu a seguinte sentença:

TJGO - Juíza condena homem a indenizar ex-mulher por infidelidade
O Tribunal de Justiça de Goiás condenou um homem a indenizar sua ex-mulher em R\$ 2,3 mil, por danos morais, em razão de descumprimento do dever de casamento (fidelidade recíproca, artigo 1.566 do Código Civil). Inicialmente, a ação de separação judicial litigiosa foi movida pelo autor, sob a alegação de que ambos já estavam separados havia cerca de nove

meses e que o único bem do casal, uma gleba de terra, deveria ser partilhado. Na ação, ele também pediu que a mulher voltasse a usar o nome de solteira. Ela então apresentou reconvenção, argumentando que a separação deu-se por culpa exclusiva do autor, uma vez que ele fugiu com a mulher de seu irmão. Solicitou ainda a condenação do ex-marido por danos morais pela situação constrangedora que 'marcou-lhe definitivamente a vida'. Para a magistrada, é importante que seja feita a distinção entre dano pelo fim do casamento - mal que quase sempre atinge os envolvidos - e pelo descumprimento de dever do casamento. 'Com relação á infidelidade é necessário que a conduta do consorte cause no outro cônjuge situação que lhe implique sofrimento, o que se dá muitas vezes por exposição vexatória. É o caso da conduta do consorte infiel que coloca seu cônjuge no papel de tolo, alvo de piadas e insinuações ou até mesmo no de vítima. O que dá ensejo à indenização não deve ser o fracasso da sociedade conjugal, mas o descumprimento de dever legal durante a sua vigência', esclareceu.

Uma vez comprovado o dano e o nexo causal surge, assim, o dever de indenizar. Ressalte-se que o que dá ensejo à indenização não deve ser o fracasso da sociedade conjugal, mas o descumprimento de dever legal durante a vigência da mesma.

A partir daí o cônjuge lesado em seu íntimo, sua moral e sua honra, em virtude do descumprimento dos deveres matrimoniais, pode pleitear em juízo ação de reparação civil por danos morais promovido pela infidelidade conjugal, desde que seja caracterizado pelos requisitos necessários a configuração do ato supramencionado.

6.4 Posicionamento sob a ótica do STJ

Apesar de ter sido introduzido com a Constituição Federal de 1988 os fundamentos autorizadores da reparabilidade por danos morais, a legislação infraconstitucional andou para trás ao não conter no Código Civil tal instituto no âmbito do direito de família. A função da responsabilização civil é devolver o equilíbrio rompido por meio de contraprestação, encargo que no direito civil se dá sob a forma de indenização pecuniária.

Acerca da responsabilidade civil, que muito tem gerado discussão, Caio Mário da Silva Pereira assevera:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma, reparação e sujeito passivo compõem o binômio responsabilidade civil, que então se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil (PEREIRA, 1997, p. 56).

Diante de certas situações a responsabilidade civil é o único meio legítimo e eficaz de confortar o extermínio físico, mental e espiritual do cônjuge ou companheiro vitimado à chacota pública, frente a uma situação grotesca de infidelidade conjugal. A responsabilidade civil está historicamente ligada à idéia de culpa, fator principal da responsabilidade objetiva que é fundada na teoria do risco.

Assim, atos como tentativa de morte, transmissão de doença grave decorrente do ato sexual, abandono injustificado do lar, adultério, lesões corporais, injúrias graves, são causas relevantes para contemplar o disposto no artigo supracitado e, como conseqüência lógica e decorrente, configurar que a vida em comum tornou-se insuportável, portanto, capaz de autorizar o rompimento matrimonial pela via da separação judicial.

Acerca da omissão, não pode aquele conhecedor das irregularidades exercidas por seu consorte, calar-se como de forma consentida, fechar os olhos sem que a falta provoque-lhe repulsa e, desta forma, presumidamente corroborar com o infrator como se não tivesse conhecimento algum das condutas violadoras, e após requerer rompimento conjugal e indenização por dano moral com base na insurpotabilidade que ajudou fortalecer, uma vez que não traduz sentimento de honra ofendida a atitude passiva do cônjuge e/ou companheiro que aceita o comportamento injurioso de seu consorte por vários anos, mesmo depois, de expressa confissão de infidelidade.

Ademais, quando determinados danos vierem a ocorrer, deve ser indenizado, mas não por ter ocorrido no âmbito familiar, e sim por constituir ilícito penal passível de punição. A corrente que entende inaplicável a indenização por danos morais provenientes da culpa ressalta que a relação conjugal é baseada no afeto, no

relacionamento social, no amor, isto é, numa visão de eternas e estáveis relações, sendo que falecendo o amor, em raríssimas exceções, poderá identificar-se um único culpado pelo término do relacionamento. Conceituam-se, por derradeiro, que a extinção do amor não acarreta o dever de indenizar, mas tão somente, o desamor.

Concordam com essa visão Maria Berenice Dias (2005, p. 76), que entende desnecessária a imputação de culpa, entendendo: “A infringência dos deveres conjugais outorga legitimade para a busca da separação, imputando ao infrator a culpa pelo fim do amor. Portanto, as regras estabelecidas para vigorar durante a vida em comum têm utilidade somente para fundamentar o pedido de separação.”

Rodrigo Cunha Pereira (1999, p. 322-340) não entende de forma diversa, pois o desenlace conjugal não pode ser medido pela culpa de seus protagonistas e, deste modo, jamais gera indenização. Para o autor, “dar e receber amor é gratuito, não comportando indenização.”

Tem-se que as sanções civis, alimentos, guarda dos filhos e sobrenome do consorte, previstas no ordenamento jurídico, aplicáveis quando da dissolução conjugal, não tendem a reparar o dano ocasionado pela grave infração dos deveres conjugais, pois não comportam o mínimo de ressarcibilidade, pois pode o cônjuge ou companheiro ser o culpado pelo rompimento do vínculo matrimonial e não sofrer nenhuma das perdas, razão pela qual todas essas punições mostram-se ineficientes.

Para corroborar com tal entendimento, o STJ julgou improcedente o pedido de dano moral decorrente do descumprimento do dever de fidelidade, como se a seguir expõe:

**RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ 005/0060295-2) VOTO
O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):**

1. Examinados os autos, para prolação de voto-desempate, hei por bem tecer as seguintes considerações, que me conduzem a acompanhar o voto da Relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI e do que se lhe seguiu, da lavra do Ministro CASTRO FILHO, no sentido de não conhecer de ambos os recursos especiais, com as vênias devidas aos votos discordantes, na ordem de sua prolação, da lavra dos Ministros ARI PARGENDLER e HUMBERTO GOMES DE BARROS.
A dissonância é, a rigor, pontual, circunscrevendo-se à possível responsabilização solidária de F.B., pela indenização outorgada, a título de

danos morais, decorrendo estes de relação adúlterina entre os réus, advindo prole comum, que o autor varão, insciente da paternidade alheia, a reputou, durante longos anos, como composta por filhos seus.

De rigor, para tal decretação, fora identificado o cometimento de ato ilícito por F.B., suscetível de gerar obrigação de indenizar.

Com vista a tal identificação, forçoso considerar que, na Corte de origem, foram discriminadas condutas efetivamente distintas, nada obstante entrelaçadas, porquanto a ulterior, consistente na ocultação da paternidade real dos filhos, que P.C.H. havia como seus, resultara objetivamente da antecedente, configurada na relação adúlterina, que mantiveram os réus.

Ora, se com vista à precedente violação do dever conjugal de fidelidade, o Tribunal *a quo* afastou, calcado na prova colhida e tendo em conta o reconhecimento de perdão tácito, inferido a partir do tempo decorrido até a separação consensual e da disposição do marido a prestar alimentos à separanda, como encartado no voto da eminente Relatora, não há como possa ser o seu cúmplice no adultério alcançado pela responsabilização civil, em caráter solidário, na medida em que não fora sua parceira tampouco afetada por esse encargo, limitado que foi o ressarcimento imposto, por danos morais, única e exclusivamente pelo fato da ocultação renitente da paternidade real dos filhos, que o separando supunha biologicamente como seus.

Em suma: que do ilícito consubstanciado no adultério foi agente F.B. não sobra dúvida, mas se a co-partícipe não foi por aquele responsabilizada civilmente, falta suporte para que tal responsabilidade, máxime a título solidário, se possa atribuir ao cúmplice varão.

A indenização concebida e decretada, a título de danos morais, o foi, restritamente, em razão de ocultada a verdadeira paternidade dos filhos havidos por M.L.F. de B., ocultada por esta, conscientemente, do então marido, por anos a fio, o que, de sua parte, e só de sua parte, consistia em séria infração a dever conjugal.

A seu parceiro, no referido contexto, não incumbia, como proclamou a Corte de origem, “o dever jurídico de aclarar ao autor a situação, de revelar ao autor que o mesmo não era pai dos filhos de sua amante” (fl. 495); quanto a esse desdobramento, pois, não houve detectada infração a dever jurídico que coubesse a F.B. e, conseqüentemente, se não diagnosticou, no ponto, ato ilícito de que houvesse participado, mesmo que por omissão de conduta.

Não quadra descartar a consistência de menoscabo a dever moral, de maltrato aos princípios de honestidade e de sinceridade, de censurável descompromisso com a verdade, também de parte de F.B.; o que, porém, não permite identificação com o descumprimento de dever jurídico, porquanto a este não estava jungido o réu varão, no que concerne à causa de pedir agasalhada na instância de origem.

Dessa forma, falece espaço para a responsabilidade solidária, frente à obrigação civil de indenizar, para o indigitado cúmplice, na medida em que sua parceira apenas foi responsabilizada por infração a dever jurídico que não o alcançava, jamais pelo ilícito pretérito, configurado no adultério, alforriada que fora com o perdão tácito outorgado, assim reconhecido na instância recursal originária.

2. Por tais fundamentos, gizados pelas linhas que traçaram a divergência instaurada, acompanho a eminente Relatora, homenageando embora os respeitáveis votos dissonantes, e, nesses termos, não conheço de ambos os recursos especiais (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

RESUMO DE VOTO: Resp n° 742137 - RJ (2005/0060295-2)

Para o **MIn. Hélio Quaglia Barbosa**, não há responsabilidade civil, em caráter solidário, do varão copartícipe do adultério, quando a autora não fora afetada por esse encargo, em face do perdão tácito do marido.

No tocante a responsabilidade civil pela ocultação da verdadeira paternidade dos filhos havidos pela autora na constância do casamento, não se vislumbra infração de nenhum dever jurídico do copartícipe, ou seja, não existe ato ilícito de que houvesse este participado. Afinal, este não está subordinado aos deveres conjugais entre marido e mulher, logo, falece espaço para responsabilidade solidária (grifo nosso).

Destarte, possui responsabilidade pelo dano moral, unicamente, a autora que ocultara a verdadeira paternidade biológica dos filhos havidos na constância do matrimônio, mantendo o marido na ignorância. Pois, somente ela, neste caso, violou deveres conjugais e conseqüentemente praticou ato ilícito.

7 CONCLUSÃO

Da demonstração dos fatos aqui elencados e após a leitura do texto, a aplicação de indenização em alguns casos, decorrente da infidelidade, se mostra acertada?

Esse aprofundado estudo fora feito com a premissa de, abrangendo os institutos acerca do assunto (danos morais, dignidade da pessoa humana, casamento e infidelidade) fosse possível abstrair alguma conclusão.

O motivo maior ensejador do presente estudo é a patente preocupação com a honra demonstrada pelo homem. Desde tempos remotos, através do código de Hamurabi, onde o “olho por olho e dente por dente” prevalecia, data-se tal preocupação.

A repercussão veio-nos aos dias de hoje, com suas devidas mudanças, onde a infidelidade (e o correspondente dano moral) são lugar comum. Nossa legislação vigente abrange o tema, impondo inclusive cominações legais para o causador do dano.

O ente maior tutelado pelo instituto do dano moral é a dignidade da pessoa humana, haja vista estar intimamente ligada ao homem.

Desta feita, a matéria recebeu o devido apreço, com a inclusão no Código Civil de 1916, que já admitia, sem restrição, a indenização por dano moral.

Atenção especial foi dada ao instituto do casamento, graças a sua qualidade de um dos mais importantes do ramo jurídico. E, consonante o texto da lei, este instituto pode estar viciado, caso padeça do adultério e da conduta desonrosa. Conduta estas capazes de justificarem ao prejudicado que intente uma ação por danos morais em face de seu cônjuge.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. Manual de direito de família. In: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 3. ed. Bauru, SP: Edipro, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito de família**. 18.ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro, v.7: responsabilidade civil**. 16. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LEVENHAGEM, Antonio José de Souza. **Do casamento ao divórcio**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=30>. Acesso em: 12 jul. 2013.

MAYNEZ, Eduardo Garcia, **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed, México: Porrúa, 1951.

MEIRA, Silvio. **A Lei das XII Tábuas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.2: direito de família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v.3: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Instituições de direito civil, v.5: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REI, Cláudio Alexandre Sena. Danos morais entre cônjuges. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=541>>. Acesso em: 29 set. 2002.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Dano moral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, v.6: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Traição e dano moral. **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=542>. Acesso em: 29 set. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.6:** direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Dano Moral Na Separação Judicial, Divórcio e União Estável**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B83ABF436-5FD2-4F5D-9F76-59F624DCC278%7D_2.pdf>. Acesso em: 29 set. 2002.

Sites pesquisados:

FOLHA ONLINE <<http://www.uol.com.br/folha>>

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA.
<<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2388>>.