



**ANTONIO MENEGHETTI FACULDADE
BACHARELADO EM DIREITO**

FABÍOLA FABRINE ACHTERBERG

**É POSSIVEL SUSTENTAR O DEVER DE REPARAR DANOS MORAIS EM
DECORRÊNCIA DA INFIDELIDADE CONJUGAL?**

**RECANTO MAESTRO – RESTINGA SECA
2020**

FABÍOLA FABRINE ACHTERBERG

**É POSSIVEL SUSTENTAR O DEVER DE REPARAR DANOS MORAIS EM
DECORRÊNCIA DA INFIDELIDADE CONJUGAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso-Monografia,
apresentado como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em
Direito, Faculdade Antonio Meneghetti-AMF.

Orientador: Prof. Ms. Luís Carlos Gehrke.

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2020

FABÍOLA FABRINE ACHTERBERG

**É POSSIVEL SUSTENTAR O DEVER DE REPARAR DANOS MORAIS EM
DECORRÊNCIA DA INFIDELIDADE CONJUGAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso-Monografia,
apresentado como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em
Direito, Faculdade Antonio Meneghetti-AMF.

Orientador: Prof. Ms. Luís Carlos Gehrke.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Luís Carlos Gehrke
Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso
Faculdade Antonio Meneghetti

Prof. Dr. Karina Schuch Brunet
Membro da Banca Examinadora
Instituição

Prof. Dr. Vitalínio Lannes Guedes
Membro da Banca Examinadora
Instituição

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2020

É POSSÍVEL SUSTENTAR O DEVER DE REPARAR DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DA INFIDELIDADE CONJUGAL?

Fabiola Fabrine Achterberg¹

Luís Carlos Gehrke²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A família em uma perspectiva histórica no Brasil; 2. Dano moral como consequência de um ilícito; 3. A possibilidade do adultério ser enquadrado como ilícito; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A presente pesquisa tem o propósito de investigar se “é possível sustentar o dever de reparar danos morais em decorrência da infidelidade conjugal”. Para abordar esse assunto, se faz necessário ponderar sobre a evolução da família, apontando as transformações pelas quais passou no decorrer do tempo. A partir disso, investigou-se nesta pesquisa a existência do dano moral - garantia constitucional que surgiu com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornando-se cláusula pétrea inserido no artigo 5º, incisos V e X - no caso de descumprimento do dever de fidelidade pelos cônjuges/companheiros e até que ponto trata-se de um ato ilícito. Nesse sentido, mostra-se pertinente verificar se ainda em tempos atuais, é possível cogitar-se em reparação do dano moral decorrente da infidelidade, a qual em tese visa reparar dor, humilhações, vexames ou até uma possível depressão causada pelo ato delituoso e até que ponto há possibilidade de se pleitear uma possível indenização? Por conta disso, pretende o trabalho, sem o propósito de esgotamento do tema, abordar essa questão pontual, analisando os critérios que levaram as decisões judiciais positivas ou negativas de tal pretensão, bem como a posição doutrinária acerca do assunto. Para tanto, foi empregado método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Família, Casamento, Adultério, Dano moral.

ABSTRACT: This research aims to investigate whether "it is possible to sustain the duty to repair moral damages as a result of marital infidelity". To address this issue, it is necessary to consider the family's evolution, pointing out the transformations it has undergone over time. From this, it was investigated in this research the existence of moral damage - constitutional guarantee that appeared with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, becoming a stone clause inserted in article 5, items V and X - in the case of non-compliance with the duty of fidelity by spouses / partners and the extent to which it is an illegal act. In this sense, it is pertinent to verify whether, even today, it is possible to consider repairing moral damage resulting from infidelity, which in theory aims to repair pain, humiliation, embarrassment or even a possible depression caused by the criminal act and even what point is there a possibility of claiming a possible indemnity? Because of this, the work intends,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: fabiachterberg@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: lcgehrke@bol.com.br

without the purpose of exhausting the theme, to address this specific issue, analyzing the criteria that led to positive or negative judicial decisions of such claim, as well as the doctrinal position on the subject. For this, a deductive approach method and a monographic procedure method were used.

KEY-WORDS: Family, Marriage, Adultery, Moral damage.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a discorrer sobre a possibilidade de sustentar o dever de reparar danos morais em decorrência da infidelidade conjugal, tendo em vistas as condições sócio-jurídicas que determinam sua existência e a possibilidade de reparação por quem causa. Para tanto, faz-se necessária uma análise sócio-histórica-jurídica da instituição familiar, perpassando por épocas históricas, abordando mudanças que ocorreram ao longo do tempo até o contexto contemporâneo, bem com análise do dano moral e suas premissas para, ao fim e ao cabo, verificar se eventual dissolução do casamento/união estável em decorrência da infidelidade é capaz de configurar um dano moral, sendo este o objetivo geral do trabalho.

Assim, a pesquisa dar-se-á através de três capítulos, sendo que no primeiro, haverá embasamento em referencial bibliográfico, tratando inicialmente sobre direito de família, a partir do relato histórico e do seu contexto na sociedade, com um enfoque maior ao princípio da afetividade, bem como a responsabilidade que os cônjuges assumem no casamento/união estável, cujos direitos e obrigações estão elencadas no Código Civil brasileiro.

Já em relação ao segundo capítulo, a pesquisa levará a cabo o dano moral e sua reparabilidade, conforme previsão constitucional, decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas. Outrossim, abordará a premissa necessária para a configuração da responsabilidade por dano moral, qual seja a demonstração do ato, da ocorrência do dano e o nexo de causalidade, cuja conduta tenha gerado dor e sofrimento psíquico à vítima.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, destacam-se as ideias do princípio da igualdade entre os cônjuges e da dignidade da pessoa humana, os quais são indispensáveis à responsabilidade civil, que confere ao cônjuge lesado o direito a devida reparação dos danos morais e materiais decorrentes de ofensa e seus direitos da personalidade, pois dependendo do contexto, com o fim do casamento podem surgir abalos e sofrimentos, que tornam-se ainda mais fortes quando esse vínculo se rompe por ter outra pessoa envolvida, gerando no cônjuge traído sentimentos de raiva, de menos valia que abalam a sua honra e neste momento muitos

recorrem aos tribunais visando a reparação cível, como forma de atenuar a dor, e, em muitos casos, também para se vingarem do “traidor”.

Nesse sentido, a elaboração do presente trabalho se justifica em razão das violações aos direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, uma vez que o debate é válido, pois em tempos atuais a infidelidade pode inclusive avançar até as redes sociais, causando impactos desagradáveis por ocasião do final do ciclo conjugal. Desse modo, o debate em questão desencadeou na pesquisadora dúvidas inquietantes, tudo a partir da aula de Direito de Família nesta Instituição de Ensino Superior.

A partir desta questão, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem, que parte de considerações gerais para abordar um ponto específico, tendo como critério de procedimento, o método monográfico, também conhecido como “estudo de caso”, ou seja, estudo de um único tema. Além disso, será aplicada a técnica de pesquisa através de documentação indireta com ênfase em pesquisa bibliográfica na doutrina e jurisprudência. Relativamente à linha de pesquisa do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade, o trabalho enquadra-se na linha de pesquisa “Política, Direito, Ontologia e Sociedade”.

1. A FAMÍLIA EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA NO BRASIL

Para um melhor entendimento sobre esse assunto, faz-se necessário uma viagem no tempo, com uma abordagem histórica sobre a família, elucidando suas origens, seus conceitos, até os dias atuais, pois no decorrer do tempo, tais paradigmas se alteram de acordo com as mudanças que a sociedade enfrenta e, sob este prisma, a família não está alheia a isso.

Para Fardin (1993, p. 18), a família era entendida como um fato natural criado pela natureza e não pelo homem, portanto não era um juiz, nem um sacerdote que constituem uma família, mas sim o próprio fato social de integração entre sexos e a geração da prole. Já para Engels (1979, p. 27), a forma mais antiga e primitiva de família surgiu devido a tolerância entre machos e fêmeas e a ausência de ciúmes, pois esses dois elementos eram as principais condições para que pudessem existir esses grupos tão numerosos e estáveis, que chegavam a abranger tribos inteiras.

Neste mesmo sentido, explica Venosa (2009, p. 23), que [...] as primeiras famílias existentes no mundo eram matriarcais e não patriarcais, contestando a maioria dos doutrinadores que entendem que as famílias se regiam pela égide masculina. Fato é, que os integrantes das famílias, desde os tempos mais remotos, assumiam obrigações morais entre si, mas geralmente tendo a linhagem masculina como paradigma, regendo muitas vezes sob

violência, seu poder patriarcal.

Apenas a título de ilustração, o direito romano, conforme Dantas (1991, p. 192), tinha a base da família patriarcal sendo que o pai tinha o poder sobre os filhos, netos, sua esposa, a esposa de seus filhos e de seus netos, sendo que quem detinha o pátrio poder também era o responsável pelas finanças, pois não existia o patrimônio da família, mas sim o patrimônio do *'pater familias'*.

Nota-se que a família romana era submissa ao poder do pai, ou seja, era uma entidade familiar totalmente baseada na figura masculina, sendo que este poderia até mesmo tirar a vida de seus próprios filhos. Contudo, com o passar do tempo, a visão da família começou a mudar para os romanos, inclusive admitindo a substituição do poder, retirando-o da figura do homem e destinando-o em prol da mulher, caso ocorresse um abuso de poder, estendendo-se inclusive no tocante a guarda dos filhos, que poderia ser atribuída à mulher, começando assim, aos poucos, uma maior autonomia e participação na vida social e política.

WALD (1990, p. 31) retomando o aspecto do direito brasileiro, um fato importante foi a proclamação da República do Brasil em 1889, quando houve a desvinculação da igreja com o Estado e então se institui o casamento civil, porém ainda indissolúvel.

Em ato contínuo, surge em 1916 o Código Civil brasileiro, o qual limitou a família ao grupo advindo exclusivamente do casamento, representando o modelo patriarcal que era necessariamente hierarquizado, fazendo distinções dos seus membros e impedindo sua dissolução.

Neste sentido, conforme Rodrigues (2004, p. 10), [como o nosso CCB/1916 prezava pelo casamento e tinha para si que este era parte central do direito de família, pois o Estado só viria a dar proteção às famílias constituídas pelo casamento de vínculo indissolúvel].

Dias (2013, p. 33) aborda que o CCB/1916 era a codificação do século XIX, que ele retratava a sociedade da época, extremamente conservadora e patriarcal. Se consagravam a superioridade do homem, sua força física era transformada em poder pessoal e em autoridade, outorgando o comando exclusivo da família. A mulher, ao se casar, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz e, deixava o comando da figura do pai e passava agora a do seu marido, sempre subjugada e em um grau de inferioridade.

Dessa forma, verifica-se que as relações elencadas pelo CCB/1916, atribuía ao homem a responsabilidade de prover o sustento da mulher e dos filhos, administrar os bens e decidir sobre os assuntos de interesse do grupo familiar. Já a mulher, atuava apenas nos limites privados da casa e na educação dos filhos, sempre submissa ao comando do marido, a quem devia obediência e débito conjugal, sem qualquer relação afetiva, pois o casamento tinha a

conotação de procriação, tendo a figura masculina como esteio de uma família patriarcal hierarquizada.

Neste sentido, descreve Boeira (1999, p. 19-20):

A noção codificada de família, quando da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, em face de uma sociedade basicamente rural revelava uma família que funcionava basicamente como uma unidade de produção, importando para tanto ser numerosa, representando uma maior força de trabalho e maiores condições de sobrevivência de todo o grupo. Este modelo de família era chefiado por um homem, que além de exercer o papel de pai e marido, detinha toda a autoridade e poder sustentados numa estrutura patrimonial. Daí as características patriarcais e hierarquizadas do modelo centrado na chefia do marido, ocupando a mulher e os filhos uma posição de inferioridade no grupo família.

Ruggiero (1958, p. 46) ensina que o instituto fundamental do direito familiar era o casamento, sendo que a união entre o homem e a mulher, sem essa formalidade, era reprovada pelo direito, degenerando em concubinato, quando por ventura não era adultério ou incesto, conceituando o filho nascido fora das justas núpcias como ilegítimo, não considerando a relação entre pai/filho natural como pátrio poder, pois não havia parentesco, nem afinidade, nem sucessão hereditária.

A propósito, no CCB/1916, as relações mantidas fora do casamento seriam consideradas como adúlteras e eventual prole era tida como ilegítima, ou seja, adúlteros, sendo tratado em disparidade para com aqueles concebidos na constância do casamento, chamados legítimos, quadro que foi alterado completamente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual conferiu um novo enfoque às entidades familiares, como será objeto de análise mas adiante.

Oliveira (1990, p. 104) explica que desde a edição do CCB/1916 ocorreu uma série de reformas pelas quais passou a instituição familiar. Contudo essa evolução se deu por etapas, com leis diversas, especialmente a partir da década de 60, alterando para melhor a figura e a posição da mulher casada, através do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) e a instituição do divórcio (Emenda Constitucional nº 9/77 e Lei 6.515/77), como instrumento para regularização da situação jurídica.

Dias (2013, p. 239) ratifica que o primeiro grande marco para romper com a hegemonia masculina foi a edição do chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), regramento que garantiu a plena capacidade da mulher, que passou a condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal, reconhecendo a possibilidade da mãe assumir a guarda dos filhos menores no caso de desquite, bem como permitiu-lhe o trabalho externo.

No que tange ao casamento, até 1977, era tido como indissolúvel e não havia o reconhecimento legal do divórcio, embora pudesse ser anulado. Contudo, com a aprovação da EC n. 09/77 e a aprovação da Lei n. 6.515/77 restou regulamentada de vez a questão, permitindo o divórcio como forma de rompimento do vínculo matrimonial e extinção da sociedade conjugal, transformando o antigo desquite em separação judicial, que seria um estágio entre o casamento e o divórcio.

Cabe destacar que até o ano de 1977, quem casava, permanecia com um vínculo jurídico para o resto da vida e, caso a convivência fosse insuportável, poderia ser pedido o ‘desquite’, que interrompia os deveres matrimoniais, mas não rompia com a sociedade conjugal, tanto que os desquitados não podiam casar novamente, ou seja, simplesmente acabava com a convivência sob mesmo teto, mas nenhum dos dois poderia recomeçar sua vida ao lado de outra pessoa cercado da proteção jurídica do casamento. Outrossim, naquela época também não existiam leis que protegiam a União Estável e resguardavam os direitos daqueles que viviam juntos informalmente, positivamente que só surgiu na década de 1990, após a CRFB/1988.

Além disso, outro fator de grande relevância no direito de família, foi a maior intervenção do Estado, afastando de certo modo a Igreja, que deixou o protagonismo na organização da família, até porque o país tem como diretriz o Estado laico; prova disso é justamente a própria lei do divórcio e, em ato contínuo, a CRFB/1988, que trouxe paridade entre homem e a mulher, que passaram a ter os mesmos direitos e obrigações, previstos no artigo 5º, inciso I³.

Entretanto, a Lei civil vigente era o Código Civil de 1916, que retratava a sociedade do início do século, extremamente conservadora e patriarcal, no qual a mulher era identificada como parte da família, mas sempre submissa à imagem do homem e à sua autoridade, tanto que era obrigada a assumir o sobrenome do marido, como ideia de submissão e posse, agora não mais do seu próprio pai, mas da figura masculina do marido, a quem devia obediência, pois era a autoridade máxima na família, podendo inclusive exercê-la com o uso da violência.

Nesse passo, quase um século depois, levando em conta a percepção de que a sociedade e as relações entre as pessoas foram sendo alteradas, houve a necessidade incontestável de uma mudança na legislação civil, surgindo o Código Civil Brasileiro de 2002, muito em decorrência desta resignificação feminina, pautado pela igualdade de direitos

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

e deveres dentro da família, agora não mais restrito ao casamento, no qual tanto o homem quanto a mulher eram protagonistas, sendo ambos responsáveis pela condução da entidade familiar e criação dos filhos, abandonando-se a ideia do pátrio poder, adotando-se o poder familiar para a diretriz da família, seja qual for a entidade familiar constituída, haja vista que o casamento deixou a condição de exclusividade.

Contudo, inobstante esta questão da evolução das famílias, os deveres atinentes a entidade familiar permanecem, dentre eles a fidelidade que, uma vez descumprida, implica em adultério, um tema recorrente no âmbito familiar e causador de grandes discussões no ordenamento jurídico, motivação que inclusive implica no término de muitas entidades familiares, tornando insuportável a vida em comum.

Silva (2010, p. 22) explica que nas relações de afeto o adultério é visto pela sociedade como uma conduta desonrosa, humilhante e desagradável para o cônjuge inocente, apesar de hoje em dia, seja comum a sua prática e até mesmo aceita socialmente em alguns círculos sociais. Entretanto, não só o adultério, em si, mas também algumas condutas, consideradas como atos preparatórios para a sua prática.

Segundo Diniz (2004, p. 271), o adultério:

[...] é a infração ao dever recíproco de fidelidade, desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal propriamente dita. Assim não configuram adultério, por faltar o elemento subjetivo, ou seja, por haver inexistência do impulso sexual, as relações sexuais oriundas do estupro, de coação, de abulia ou falta de comando da consciência, como hipnose, sonambulismo, embriaguez involuntária [...].

Portanto, o dever de fidelidade implica na abstenção de cada cônjuge praticar relações sexuais com outra pessoa fora do casamento; o descumprimento estabelece o adultério, ofendendo a honra do outro consorte, perturbando a estabilidade familiar.

Neste sentido nas palavras de Gonçalves (2006, p. 174):

O dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. A infração a esse dever, imposto a ambos cônjuges, configura adultério, causa para a separação judicial litigiosa, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge.

Gonçalves (2006, p. 89) ainda explica que o descumprimento de um dos deveres de fidelidade recíproca ‘caracteriza o adultério que se torna difícil de provar, pois resulta da conjunção carnal entre as duas pessoas, praticados geralmente às escondidas’.

Já a traição alcança um campo maior do que adultério, tendo em vista que pode afetar tanto as relações de afeto de qualquer outro tipo de relação. Entretanto, dentro de um matrimônio ou união estável, pode-se dizer que a traição também se trata de ato que ocasiona violação grave dos deveres ambos os institutos jurídicos assim como a insuportabilidade de vida em comum, gerando na pessoa traída constrangimento, dor e sofrimento, capazes de gerar uma indenização em prol do ofendido, o que será abordado na sequência, em tópico próprio.

Cahali (2002, p. 65) conclui dizendo que a traição configura a violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e considerações mútuos). A propósito, o CCB/2002, em seu artigo 1.566⁴ enumera os direitos e deveres dos cônjuges um para outro, dá o fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável art. 1.572⁵ CCB/2002.

No entanto, a fidelidade é um dos deveres que deve existir entre ambos os parceiros que se unem a fim de se relacionarem afetivamente, como exemplo, cônjuges, companheiros, assim como também aos namorados.

Rizzardo (1997, p. 365) tem definido que o dever de respeito é “um sentimento moral que se inspira na dignidade da pessoa, constituindo o valor merecedor da proteção legal.”

No mesmo sentido Almeida Junior (2004, p. 168), leciona:

[...] Destarte, imputar ao cônjuge ou companheiro um procedimento desonroso, significa afirmar que é autor ou participante de um ato reprovável pela moralidade pública, ultrajando seus sentimentos ou dignidade, mediante expressão falada, escrita, mímica, ou por modos simbólicos ou figurativos que traduz desprezo ou menoscabo de seu parceiro.

⁴ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II- vida em comum, no domicílio conjugal;
- III- mútua assistência;
- IV- sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

⁵ Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotados o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Diniz (2007, p. 104) explica que ‘o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre de caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial’. Afirma ainda que ‘o dever de fidelidade consiste em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiros’. E segue dizendo ‘que é necessário não olvidar que não é só o adultério que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos como, quebra da fé conjugal, namoro virtual, relacionamento homossexual, etc.

Desse modo, demonstra-se que a infidelidade não se traduz somente em relações sexuais praticadas com um terceiro fora do relacionamento, mas sim qualquer ato injurioso, que prejudique a imagem do casal.

Monteiro (1978, p. 171), no mesmo sentido, descreve que é evidente o atraso daqueles que concluem que a infidelidade virtual não seria descumprimento a esse dever, por inexistir relação sexual no plano virtual. Contudo sabe-se que o direito evolui e que para configurar infidelidade importa a busca da satisfação sexual fora do par conjugal e a não a relação sexual propriamente dita, que pode ou não existir. Portanto, uma consulta em sala de bate papo virtual, com o intuito de satisfação do instinto sexual com terceira pessoa, são provas da existência da infidelidade.

Nesse passo, a infidelidade virtual é entendida como descumprimento do dever de fidelidade, confirmando mais uma vez que a infidelidade não se consuma somente com a relação sexual, haja vista que a fidelidade recíproca surgiu com a família monogâmica, mas o dever de fidelidade não se resume somente a práticas sexuais fora do casamento. É um dever muito mais complexo, podendo ser caracterizado mesmo virtualmente.

Não se pode, portanto, em tempos de conectividade permanente, dizer que a fidelidade é um dever que atenta somente ao aspecto físico ou corporal, pois o inciso I do artigo 1.566 do CCB/2002 não restringe esse aspecto como único a ser atribuído ao dever de fidelidade, devendo considerar também os princípios morais. Assim deve-se levar em consideração o abalo psicológico sofrido pela vítima, independente se houve a consumação carnal ou não.

A partir do momento que a pessoa assume um compromisso afetivo com um companheiro ou cônjuge ou namorado, ela o faz por livre e espontânea vontade. Portanto, insta que haja a lealdade ao consorte, visto que, se não estiver mais contente com a própria escolha, a lei criou o divórcio/dissolução da entidade familiar para solucionar esse problema, podendo inclusive fazê-lo extrajudicialmente em Cartório Tabelionato de Notas, caso preencha os requisitos para tal, ou seja, não precisa judicializar.

Tanto isso é verdade, que a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, em seu artigo 5º, previa que “a separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”, para em ato contínuo, postular após um ano do trânsito em julgado, o divórcio, ato que rompia definitivamente o casamento. Entretanto, em 13 de julho de 2010, que teve por objetivo abolir a fase da separação judicial como estágio prévio ao divórcio, visto que se prolongava por mais de um ano o relacionamento que já estava acabado, gerando sérias consequências.

Frise-se que essa norma teve o propósito de acelerar o processo, permitindo que o casamento civil seja dissolvido somente pelo divórcio, alterando o art. 226, §6º, da CRFB⁷, que antes exigia que o divórcio fosse antecedido da prévia separação judicial por um ano ou dois anos em caso de separação fática. Tudo isso vem ao encontro da rápida dissolução de uma entidade familiar que não tinha mais como continuar, não havendo razão para que houvesse a postergação do ato derradeiro de forma infinita.

Nesse passo, percebe-se que o legislador positivou os requisitos necessários para que se constitua uma família de comunhão plena, estabelecendo um relacionamento harmonioso (no sentido de que, se houver respeito recíproco, haverá uma relação amigável), equilibrado (porque ambos terão deveres e obrigações, os quais devem ser exercidos de forma equânime) e sem discriminação (pelo fato que a lei não beneficia ou prejudica ninguém), podendo, a todo momento, qualquer dos integrantes da entidade familiar promover o seu rompimento, sem que haja a explicitação da motivação, tampouco a atribuição de descumprimento dos deveres conjugais e, por isso, receber a pecha de culpado pelo fim do relacionamento.

Portanto, como se pode observar, a família realmente sofreu alterações ao longo das décadas, permitindo aos integrantes uma paridade de direitos e prerrogativas, imputando à mulher um outro patamar dentro da entidade familiar, em paridade com o marido, sendo que inclusive a família moderna não mais exige a diversidade de gênero como requisito para sua existência. Entretanto, apesar desta nova concepção, o Diploma Material Civil vigente no direito brasileiro não é tão antigo assim, e ainda estipula a fidelidade como uma das obrigações dos nubentes, pois a sociedade, apesar das mudanças, ainda preza tal dever, haja vista que o adultério é uma conduta a ser evitada em razão do sofrimento, dor e baixa autoestima para o cônjuge/companheiro traído, por afetar diretamente a sua intimidade e, por isso se presta a presente pesquisa para justamente verificar até que ponto implica em indenização por dano moral ao agente que descumpra tal dever. Antes, porém pertinente que

se aborde com profundidade o dano moral, suas peculiaridades e premissas, o que será abordado a seguir.

2. DANO MORAL COMO CONSEQUÊNCIA DE UM ILÍCITO

Inexoravelmente, a questão da infidelidade conjugal é um tema bastante discutido, e que, apesar de ser reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, ainda hoje causa grandes discussões, principalmente acerca de quando é cabível e o quanto é devido, dependendo do caso concreto. Nesse sentido, a CRFB/1988, em seu artigo 5º, incisos X⁶ e V, estipulam a possibilidade de indenização por dano moral, caso haja violação de intimidade ou honra da pessoa, devendo o causador ressarcir o ofendido, conferindo maior segurança ao direito da personalidade às pessoas, cujo dano pode afetar a sua paz interior, adotando como sanção a sua reparabilidade.

Nesse passo, muito já se falou sobre o cabimento (ou não) de dano moral, pois a dificuldade existe no tocante a estabelecer-se o quanto a dor, o sofrimento, o sentimento podem ser mensuráveis, pois não há como atribuir uma quantia para a dor, pela angústia de ter sido enganado (a) pelo (a) cônjuge/companheiro (a) em eventual adultério, por exemplo, pois trata-se de uma matéria absolutamente subjetiva. Por conta disso, as decisões judiciais que condenam por dano moral – como serão a seguir analisadas -, buscam na maior das vezes amenizar a sensação de prejuízo que afeta a esfera íntima daquelas pessoas que se vê nessa situação e não propriamente condenar em reparação da danos.

O legislador positivou no Diploma Civil brasileiro vigente, a garantia em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Dessa forma, qualquer pessoa que eventualmente venha a praticar alguma conduta em desacordo com o ordenamento jurídico, comete um ato ilícito e, atingindo a esfera íntima de um indivíduo, deverá ressarcir-lo, mesmo que os bens sejam imateriais, como a honra, a imagem ou a personalidade.

Ultrapassada esta premissa, tem-se outro dilema a ser vencido, qual seja o valor deste ressarcimento, capaz de compensar o ilícito cometido, cuja fixação estará a cargo do MM

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Juízo, o que é confirmado nas palavras de Theodoro Júnior (2000, p. 10), pois, [...] caberá ao juiz, o poder de, caso a caso, pesquisar e comprovar a ocorrência efetiva do dano moral suportado por aquele que promove a ação indenizatória, a par do nexu causal com a conduta culposa do denunciado.

Por conta disso, ao magistrado incumbe o dever de analisar o caso concreto, observando a situação econômica dos envolvidos e a lesividade da conduta no meio social, haja vista que eventual condenação por conta de danos morais não pode ensejar enriquecimento ilícito do ofendido, tampouco grandes sacrifícios por parte do ofensor, sendo imprescindível a observância de alguns requisitos básicos, como o dano, a ilicitude do fato que ocasionou o dano e o nexu causal entre esses dois elementos, cabendo naturalmente o ônus da prova ao ofendido.

Dessa forma, comprovada a culpa ou a prática de um ato ilícito (art. 927, CC), o agente deverá indenizar não só os danos psíquicos, como também os morais decorrentes de tais violações, cabendo ao juiz analisar cada caso concreto, identificando os pressupostos do dano, tendo como base os princípios gerais, experiência de vida e os costumes da sociedade.

Para Coelho (2014, p. 46), “o ato ilícito ou dano injusto decorre de conduta humana, cujo dano e o nexu de causalidade são elementos caracterizadores para ensejar o dano moral.”

Assim, pode-se afirmar que a legislação garante a todos o direito de indenização por danos morais e ou danos à imagem, quando se comprovar tais violações, pois todo mal causado às pessoas, que resultar mal-estar, desgosto, aflições, desconforto, humilhações, entre outros danos não patrimoniais (dores físicas e sofrimentos), que acarretem o desequilíbrio psíquico, constitui causa eficiente para obrigação de reparar o dano moral.

Neste sentido, descreve Carvalho Neto (2003, p. 258) que [...] Qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito, ou causar prejuízo a outrem é fato gerador da obrigação de indenizar. Ainda, é possível que uma conduta, ainda que não mais tipificada penalmente seja possível reparada na área civil, desde que, a conduta em questão configure-se ato ilícito, violando direito e causando dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, nos moldes do artigo 186 do CCB/2002.

A propósito, importante transcrever-se alguns arestos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que implicaram em condenação por danos morais, em razão da conduta ilícita do agente, como se observa da ementa a seguir:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AGRESSÕES VERBAIS, FÍSICAS E AMEAÇAS. TÉRMINO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONTEXTO PROBATÓRIO COLIGIDO

QUE CORROBORA A TESE AUTORAL. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. O contexto probatório coligido comprova que as partes mantiveram união estável por cerca de 8 anos, tendo havido episódios de agressão verbal, física e ameaças, tendo a autora recebido medida protetiva de urgência, inclusive. Além disso, o conjunto probatório também indica que o réu invadiu o *Facebook* da autora e, se passando por ela, escreveu mensagens indecorosas de cunho sexual, convidando amigos da demandante para sair. Nesse contexto, é razoável que a demandante tenha se submetido a tratamento psicológico em razão dos acontecimentos que vivenciou devido ao comportamento do réu, não merecendo reparos a decisão no ponto em que determinou o pagamento de indenização a título de danos materiais, consistente no tratamento psicológico realizado. Tal situação permite, igualmente, a caracterização de dano moral indenizável, pois a demandante foi agredida moral e fisicamente, tendo sido exposta a situações humilhantes, o que enseja violação aos atributos da personalidade da autora. Dano moral *in re ipsa*, que prescinde de prova da ocorrência de prejuízo concreto. Quantum indenizatório mantido (R\$ 10.000,00), afigurando-se justo e razoável, considerando as características compensatória, pedagógica e punitiva da indenização. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, N° 70082659608, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 07-10-2020)

Frise-se apesar da presente pesquisa abordar a questão do dano moral decorrente da infidelidade conjugal, o que será abordado com mais profundidade no tópico seguinte, mister chamar a atenção para a ementa acima, pois o dano moral restou configurado em razão não de infidelidade, mas de atos praticados pelo ex-cônjuge em página social de sua ex-companheira, fazendo-se passar por ela, implicando grave lesão a sua intimidade, como destacado pelo desembargador Relator Eduardo Kraemer:

Registro que a prova documental, consistente no boletim de ocorrência firmado em 10/01/2014 (fls. 18/20) registra as ameaças, agressões verbais e físicas, bem como as postagens difamatórias no *Facebook* da autora, conforme documentos de fls. 24/28. Em razão destes fatos foi deferida medida protetiva à demandante, conforme se verifica às fls. 22/23. Igualmente, resta incontroverso que o réu é analista de sistemas, como ele próprio se qualifica na contestação (fl. 54), assim como consta no curriculum vitae de fls. 30/32 (não impugnado), tendo conhecimento técnico suficiente, portanto, para “invadir” o *Facebook* da autora e, se passando por ela, escrever mensagens indecorosas de cunho sexual, convidando amigos da demandante para sair. Os documentos de fls. 24/28 demonstram as mensagens difamatórias e os pedidos de desculpas da autora para cada amigo que recebeu as mensagens, explicando que não era ela, mas sim o réu.

E prossegue o julgador, sobre a análise da prova:

Tais provas, aliadas à prova testemunhal produzida, já devidamente já detalhada na transcrição da sentença, são suficientes para comprovar os fatos ocorridos. Nesse contexto, é razoável que a demandante tenha se submetido a tratamento psicológico em razão dos acontecimentos que vivenciou devido ao comportamento do réu, não merecendo reparos a decisão no ponto em que determinou o pagamento de indenização a título de danos materiais, consistente no tratamento psicológico realizado.

Assim, repita-se uma vez mais, que para a configuração do dano moral faz-se necessária a demonstração de alguns pressupostos: ato (ação ou omissão), ocorrência de dano, nexo de causalidade entre o ato e o dano. Para Farias (1996, p. 136), somente haverá direito de indenização por danos morais, independentemente de a responsabilidade ser subjetiva ou objetiva, se houver um dano a se reparar, e o dano moral que pode e deve ser indenizado é a dor, pela angústia e pelo sofrimento relevantes que cause grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade.

Neste sentido, também descreve Gonçalves (2006, p. 103) que o dano moral atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio, mas lesando sua personalidade, a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, como pode-se perceber da decisão extraída do TJRS:

RECURSOS INOMINADOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR AFASTADA. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE. MENSAGENS, VIA *WHATSAPP*, DE CUNHO SEXUAL E PEJORATIVAS ENCAMINHADAS PARA AUTORA PELO RÉU. AUTORA CASADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO, POIS EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. JUROS DE MORA. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. SENTENÇA MANTIDA. Preliminar de complexidade da causa vai afastada, pois desnecessária a condenação criminal prévia para o julgamento da presente demanda, que se limita a pedido de indenização por danos morais. No mérito, a alegação da demandante de que o réu havia espalhado boatos de que ela traía o seu marido não restou demonstrada. RECURSOS DESPROVIDOS. (Recurso Cível, Nº 71007997919, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em: 13-03-2019).

E segue o julgador, sobre a análise da prova:

Tal medida abusiva resulta na violação à honra e à imagem da autora, ainda mais por ser a demandante casada. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta da parte ré. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, que se trata de dano moral puro.

Igualmente nesta mesma linha de pensamento, Venosa (2010, p. 131) doutrinariamente ensina que dano moral é prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Outrossim, Santos (1999, p. 84), afirma que o dano moral ocorre quando a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação e dor.

Portanto, o dano moral é uma modalidade de prejuízo que afeta a pessoa de forma a torná-la muitas vezes improdutivas, infrutífera, seja na vida profissional tanto quanto também na vida pessoal. Entretanto, conforme bem enfatiza Dias (2013, p. 104), o dano moral é admissível sempre que o autor conseguir demonstrar os seus requisitos, pois não existem hipóteses taxativas no ordenamento jurídico brasileiro que autorizem o deferimento desse dano, sendo exigível para sua comprovação que o ato ilícito e nexos causal – além obviamente do dano -, estejam presentes, como já foi abordado anteriormente.

No entanto, em se tratando de danos morais nas relações familiares, surge o dilema aos operadores do Direito, pois até que ponto poderá haver a monetarização pela falta de afeto, uma vez que o relacionamento afetivo pode ser encerrado prematuramente e de forma legal, mas até que ponto essa finitude pode gerar dor, sofrimento e aflição quando decorre de uma infidelidade, e até que ponto tal ato do cônjuge/companheiro pode ser enquadrado como ilicitude capaz de implicar em dano moral ao ofendido? Para isso se presta a presente pesquisa, sem o propósito de esgotar o tema, como será abordado no capítulo seguinte.

3 – A POSSIBILIDADE DO ADULTÉRIO SER ENQUADRADO COMO UM ILÍCITO

Neste capítulo, a análise terá como foco a possibilidade ou não do enquadramento do adultério como um ilícito, capaz de ensejar a responsabilidade civil, pois, na linha de raciocínio DIAS (2013, p. 86), “todas as relações que têm origem e um vínculo de afetividade propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva infinita de vida em comum, até que a morte os separe” e, uma vez que descumprido um dos deveres da entidade familiar, cogita-se a condenação do infiel ao pagamento de indenização.

Nesse passo, como já referido anteriormente, o adultério é a violação de um dos deveres do casamento – os quais estão elencados no art. 1.566 do CCB/2002 -, e, eventual pretensão por reparação de danos em razão desta infringência, não seria a busca de vingança, mas sim a reparação do dano moral causado pelo companheiro infiel, que muitas vezes gera dor e sofrimento, como bem salienta Mendes (2000, p. 152):

O descumprimento do dever conjugal e o rompimento do casamento de forma culposa quando se atinge a personalidade do outro cônjuge causando-lhe sofrimento, seja pela prática do adultério ou pelo ato que coloque o parceiro em posição de inferioridade, trazendo desconforto em seu interior, deve-se conceder ao menos a possibilidade da reparação de forma do dano sofrido.

No mesmo sentido Pizetta (2014, p. 168), leciona:

O dano moral deve ser aplicado de forma mais ampla possível, até mesmo no direito de família. Por outro lado, trata-se de análise subjetiva do magistrado que observará se estão presentes os requisitos, além do mais, terá como base os princípios gerais do direito, experiência de vida e os costumes da sociedade, uma vez que a conduta pode ser moralmente aceita em uma determinada região, mas não é do mesmo modo aceita em outra. Contudo, isso deverá ser levado em consideração pelo juiz para deferimento ou não do pleito indenizatório.

Dessa forma, será necessário para a configuração do dano não só a demonstração de sua dor, mas há que se demonstrar os elementos essenciais do dever de indenizar, como o dano, a ilicitude e o nexo causal, pois o desamor, a solidão e a frustração da expectativa de vida a dois a princípio não são indenizáveis, não se podendo, portanto indenizar alguém apenas pelo fim do relacionamento conjugal, como se infere da ementa abaixo, extraída da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. CULPA. CARACTERIZAÇÃO. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática, tendo como único fundamento o desamor. (Apelação Cível, Nº 70038451225, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em: 24-02-2011).

A propósito, importante analisar-se o voto do Desembargador Relator Alzir Felipe Schmitz:

Na maioria das vezes, sofrimento, decepção e o evidente fracasso da relação conjugal, tenho que as mazelas conjugais relatadas, tratam de meros aborrecimentos e transtornos, tanto que a própria parte autora tentou a reconciliação do casal que restou, *in casu*, infrutífera. Feitas estas considerações, não presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, a improcedência da ação é medida que se impõe. Portanto fica claro, que o rompimento do casamento por falta de amor entre os cônjuges não é causa de reparação civil, mas tão somente se dessa falta de amor um cônjuge resolver gerar um dano ao outro.

Registre-se que a infidelidade inequivocamente causa dor e frustração à parte traída e a sua superação não é uma tarefa fácil e a reparação civil, neste caso, visa amenizar o sofrimento que da vítima. Importante ressaltar que nos casos em que os juízes e tribunais tem reconhecido o cabimento da indenização por danos morais, a obrigação de indenizar diz respeito exclusivamente ao cônjuge infiel, nunca solidariamente ao amante ou cúmplice, haja vista que o dano advém de violação de dever do casamento/união estável, estabelecido apenas entre os próprios cônjuges/companheiros.

Comentando sobre esta linha de raciocínio, MADALENO (2013, p. 346):

A indenização por dano moral dentro da separação judicial buscava compensar o real sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima da separação litigiosa. Sua função era a de ressarcir a honra conjugal afetada, e resgatar a integridade moral do cônjuge ofendido, em pleito processual que cumulava a causa da separação judicial litigiosa com o fato causador do dano moral do qual era vítima o cônjuge agredido pelo descumprimento de algum dever do casamento ou em qualquer ato que importasse na impossibilidade da vida em comum. No Direito de Família, reparava os danos morais causados pela violação de dever conjugal, ou por conduta considerada desonrosa que tomasse insuportável a vida em comum.

Como visto, os pesquisadores cujas obras já tem um considerável tempo, entendem que há grave violação dos deveres do casamento e que a conduta desonrosa que causa prejuízo ao cônjuge/companheiro traído, configuraria o ato ilícito que, de acordo com o art. 927 do CCB/2002, implica na obrigação de indenizar, devendo ser ressarcida a dor e humilhação sofrida no descumprimento do dever assumido. No âmbito jurisprudencial, em analisando-se julgados antigos, constata-se que havia o reconhecimento do dever de indenizar moralmente o cônjuge traído, abordando o comportamento da vítima após o rompimento do relacionamento amoroso, antes mantido com o autor da violação do pacto de fidelidade, analisando e verificando eventual existência de dano indenizável, bem como dimensionando sua amplitude, como se infere da ementa a seguir:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO CASAMENTO. VIOLA DEVERES DO CASAMENTO, TORNANDO INSUPORTÁVEL A VIDA EM COMUM, MULHER QUE, ALEGANDO APENAS RELACIONAMENTO PROFISSIONAL, VIAJA COM COLEGA DE ESCRITÓRIO E INCLUSIVE FREQUENTA A CASA DELE, RECEBENDO DESTE CARTA COMPROMETEDORA QUE CHEGA AO CONHECIMENTO DO MARIDO. Assunto: 1. SEPARAÇÃO JUDICIAL. – CONDUTA DESONROSA DO CÔNJUGE MULHER. RELACIONAMENTO AMOROSO COM TERCEIRO. – GRAVE VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. - CONFIGURAÇÃO. CARTA RECEBIDA PELO CÔNJUGE MULHER DE HIPOTÉTICO AMANTE. - CULPA DO CÔNJUGE MULHER. COMPROVADA. INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM. DESONESTIDADE DO CONJUGE. (...) 3. GUARDA DOS FILHOS. MÃE CULPADA EM SEPARAÇÃO JUDICIAL. EFEITOS. (Apelação Cível, Nº 596004648, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 28-11-1996).

Como se infere da ementa acima, houve a infidelidade por parte do cônjuge virago e, apesar da não disponibilidade do inteiro teor do acórdão na página eletrônica do TJRS, vê-se que os julgadores reconheceram no caso, grave violação aos deveres do casamento, a ponto de implicar inclusive a perda da guarda dos filhos pela genitora que traiu seu marido. Observe-se que a decisão não é tão antiga assim, pois é do final do século passado – tanto que recém havia o legislador reconhecido a união estável como entidade familiar -, mas que,

frente a um contexto absolutamente conservador, restou a cônjuge virago a perda inclusive da guarda dos filhos.

Entretanto, vinte anos depois dementa supra, uma demanda envolvendo infidelidade é julgada pela Instância Superior e impacta em condenação ao cônjuge infiel na ordem de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), como se infere da decisão extraída da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. DANO MORAL. 1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal. 2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). 3) A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido. 4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1.573, Código Civil). 5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00. Apelação cível nº 2007.001.42220. Décima Segunda Câmara Cível. Julgado em 18 de setembro de 2007. Rel.: DESEMBARGADOR WERSON RÊGO.

Interessante analisar-se as razões que motivaram o relator a se posicionar em prol da vítima da traição, em especial sobre a análise da prova:

Não tenho dúvidas ao afirmar que a violação de fidelidade constitui uma das mais graves infrações dos deveres conjugais porque, normalmente, torna insuportável a continuidade da vida em comum do casal, com forte repercussão na esfera íntima do cônjuge ofendido. A infidelidade conjugal dá ensejo a sanções no âmbito civil, entre as quais a dissolução do matrimônio e a possibilidade do cônjuge inocente, sentindo-se injuriado com a “traição” do seu consorte, intentar ação de perdas e danos, visando à compensação do dano moral. O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada.

No sentir do julgador, vê-se que o casamento é constituído com base na confiança recíproca entre os cônjuges/companheiros, e conseqüentemente se espera também fidelidade recíproca entre eles. Desta forma, é natural e presumível que a violação da confiança e da fidelidade gere no cônjuge traído dor, sofrimento, decepção, sentimento de inferioridade e desvalor próprio. Não bastasse, ainda há de se considerar, em muitos casos, a humilhação

quando a infidelidade é de conhecimento não apenas do cônjuge traído e se torna pública perante a sociedade.

Nesse sentido, tem-se que a dignidade é uma qualidade essencial à pessoa, que o faz digno de direito e respeito por parte do Estado e da sociedade, além de possuir responsabilidade no cumprimento dos deveres, tudo isso para que se atinja o bem comum com os demais seres humanos e, como já referido anteriormente, não se pode negar a necessidade da presença do princípio da dignidade pessoa humana na relação conjugal, inclusive quando se trata da possibilidade de cogitar-se dano moral por ocasião do adultério quando um dos cônjuges viola o dever de fidelidade no casamento.

Por conta disso, a tutela à dignidade da pessoa humana nas relações conjugais, com base na isonomia entre cônjuges/companheiros, independentemente de gênero e por meio do respeito recíproco aos direitos da personalidade, lhe é indispensável à aplicação dos princípios da responsabilidade civil, que conferem ao cônjuge lesado o direito à devida reparação dos danos morais e materiais decorrentes de ofensa a seus direitos da personalidade. Nesse passo, por ser a família a célula básica da sociedade, implica na tutela do princípio da dignidade humana, exigindo-se para a configuração da reparação do dano moral, a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam a ação ilícita - que neste caso, seria a violação o dever matrimonial -, mais o nexo de causalidade e, por fim, a culpa.

Portanto, analisando-se a doutrina e as jurisprudências citadas acima, chega-se a conclusão que até a década passada os magistrados se posicionavam de forma mais rígida, não a ponto do implicar a perda da guarda dos filhos como no final do século passado. Entretanto, já nos dias atuais não se tem mais tanta rigidez, como se infere das decisões extraídas da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, as quais não apontam mais a condenação em danos morais quando de eventual ocorrência de infidelidade conjugal:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INFIDELIDADE. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. - Caso em que o autor pretende ser indenizado pelos abalos extrapatrimoniais sofridos sob o argumento de que foi induzido a erro ao reconhecer como suas, filhas de sua ex-esposa, frutos de suposta relação adúltera. A jurisprudência pátria entende que a infidelidade no contexto matrimonial, por si só, não é capaz de configurar abalo extrapatrimonial. Não há comprovação de que a apelada tenha agido com dolo ao imputar ao demandante a paternidade das filhas. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70083227264, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 05-03-2020).

Importante ressaltar que a presente ação trata de pedido indenizatório por danos morais a partir do descobrimento de relacionamentos extraconjugais mantidos pela ré, dos quais resultaram duas crianças que o demandante acreditava ter a paternidade biológica.

Com efeito, embora a ré não tenha sido fiel ao seu então esposo, isso não necessariamente significa que tenha induzido o autor em erro, pois, diferentemente do que alega o apelante, a demandada acreditava que o esposo à época era o pai biológico de suas filhas.

ACÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS PARA A EX-MULHER. PEDIDO DE REDUÇÃO. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABALOS DECORRENTES DA RUPTURA DA RELAÇÃO. PROVA. (...) 3. Descabe estabelecer indenização pela alegação de infidelidade, pois além de tal fato por si só não configurar dano moral, resta incontroversa apenas a efetiva ruptura da vida conjugal e o sofrimento é decorrência dessa ruptura. Recurso do réu parcialmente provido e recurso adesivo da autora desprovido. (Apelação Cível, Nº 70082403338, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 11-12-2019)

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. 1. (...) 3. CONDENAÇÃO DO REQUERIDO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFIDELIDADE. A descoberta da infidelidade na relação amorosa traz tristeza, mágoas e causa sofrimento emocional, ferindo a confiança, frustrando sonhos e um projeto de vida a dois. Porém, a ruptura de um relacionamento, independentemente de suas causas, é evento da vida, que não enseja causa para penalizar monetariamente por meio de pagamento de indenização por dano imaterial ou moral. Além disto, no caso, não restou demonstrado que a dor e o sofrimento que possa a autora ter vivenciado foram de tal monta lesivos a lhe retirar a estabilidade e o bem-estar. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70077515716, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 16-08-2018).

No acórdão retro, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos destaca que:

Com efeito, a descoberta da infidelidade na relação amorosa traz tristeza, mágoas e causa sofrimento emocional, ferindo a confiança, frustrando sonhos e um projeto de vida a dois. Porém, a ruptura de um relacionamento, independentemente de suas causas, é evento da vida, que não enseja causa para penalizar monetariamente por meio de pagamento de indenização por dano imaterial ou moral. Além disto, na espécie, não restou demonstrado que a dor e o sofrimento que possa a autora ter vivenciado foram de tal monta a lhe retirar a estabilidade e o bem-estar.

Vê-se portanto, que a infidelidade, por si só, não é causa para reparar dano moral, pois a dor, comum no fim de todos os relacionamentos, decorre de um contexto inerente ao fim do relacionamento, sendo um dos motivos mais comuns pelo fim da sociedade conjugal, tanto que as jurisprudências recentes se alinham na não condenação por infidelidade conjugal, abandonando aquela ideia do fim do século passado que chegava a ponto de condenar o infiel a perda da guarda dos filhos, avançando para uma ideia casualidade, encarando como um fato da vida, não indenizável, em razão de não ser ilícito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização deste trabalho, pode-se concluir que a responsabilidade civil é a aplicação de mecanismos que geram o dever de indenizar dano moral, que cause prejuízo a outrem, o qual surgiu no ordenamento jurídico pátrio com o principal objetivo de reeducar a sociedade e não somente de punir ou compensar alguém por ter praticado um ato ilícito, mas também coibir transgressões e desestimular o ofensor a reiterar tais condutas. Sem dúvida, o ordenamento jurídico deu maior segurança ao direito da personalidade das pessoas, com o objetivo de coibir que essas sofram danos causados por terceiros, os quais afetam a sua paz interior. Dessa forma, o presente trabalho teve como objetivo analisar até que ponto é cabível a condenação do cônjuge/companheiro que descumpra com o dever de fidelidade, o qual está positivado como tal. Nesse sentido, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, que permitiram a resultados que vão a seguir destacados.

Assim, no primeiro ponto, a partir de um estudo evolutivo da família no contexto social brasileiro, perpassando desde antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 até a contemporaneidade, abordando normas infraconstitucionais como o Código Civil brasileiro, pelo que analisou-se as obrigações inerentes aos cônjuges/companheiros, dentre eles a fidelidade. Por sua vez, no segundo tópico, houve a ponderação sobre o dano moral, recapitulação histórica, premissas, cabimento e quando é devido, tudo a partir do caso concreto.

Frente a isso, o terceiro e derradeiro capítulo aborda justamente a análise de eventual configuração do adultério como ilicitude capaz de ensejar condenação por danos morais em face do cônjuge/companheiro adúltero. Viu-se que a prova dessa infidelidade é essencial para existência de dano moral no descumprimento de dever conjugal, pois a simples ruptura do casamento no qual o amor acabou, não é cabível a discussão da culpa e conseqüente indenização. Entretanto, por outro lado, julgados apontam que existem casos de separação não ocasionados pela falta de amor, mas sim pela insuportável dor psíquica ocasionada por conduta desonrosa de pessoas que, não raramente continuam se amando, mas que devido ao ato lesivo (infidelidade), se torna impossível a vida em comum.

Ainda, também por ocasião do último capítulo, discorreu-se sobre a questão da infidelidade virtual, entendida também como um descumprimento do dever de fidelidade, cujas enormes facilidades de relacionamento, conhecimento de novos parceiros através do *Facebook*, *Whatsapp* entre outros meios de comunicação também podem causar desconforto e lesividade ao ofendido, frente ao rompimento do dever por parte de seu consorte, pois trata-se de uma infidelidade, pelo que o cônjuge ou companheiro lesado tem, acima de tudo, o direito

de buscar indenização pela dor sofrida e discutir a culpa pelo fim do casamento, cumulando pedido de dano moral ao seu pedido de divórcio de provocar o juiz a se manifestar acerca de tal pedido.

Assim, percebeu-se que a infidelidade, por si só, não é causa para reparabilidade do dano moral, pois a dor pelo fim do relacionamento é comum, inclusive pela infidelidade. Entretanto, mister destacar que tanto a doutrina como a jurisprudência recentes se alinham na não condenação por infidelidade conjugal, abandonando aquela ideia do fim do século passado que chegava a ponto de condenar o infiel a perda da guarda dos filhos, avançando para uma ideia casualidade, encarando como um fato da vida, não indenizável, em razão de não ser ilícito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **As relações entre cônjuges e companheiros no novo código civil**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004.

BOEIRA, Jose Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**. Posse de Estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Código Civil de 1916 e legislação em vigor**: organização, seleção e notas por Theotônio Negrão, com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código Civil de 2002 e legislação em vigor**: organização, seleção e notas por Theotônio Negrão, com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988): **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. (Nona Câmara Cível). Apelação Cível, Nº 70082659608, **Responsabilidade civil. Reparação por danos materiais e morais**. Agressões verbais, físicas e ameaças. Término de união estável. Contexto probatório coligido que corrobora a tese autoral. Dever de indenizar. Danos materiais e morais configurados. Quantum indenizatório mantido. [...]. Recorrente: L.S.B. Recorrido: V.P.C. Rel: Eduardo Kraemer, Julgado em: 07-10-2020). Disponível em:https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 08 out. 2020.

BRASIL. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso cível. **Ação de indenização por dano moral**. nº 71007997919, recursos inominados. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Preliminar afastada. Ausência de complexidade. Mensagens, via *whatsapp*, de cunho sexual e pejorativas encaminhadas para autora pelo réu. Autora casada. Dano moral caracterizado. *Quantum* indenizatório mantido, pois em consonância com os princípios da

razoabilidade e proporcionalidade. Juros de mora. Alteração de ofício. Sentença mantida. [...]. Recorrente: R.B.A.B. Recorrido: F.F.C. Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em: 13-03-2019). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=Relator%3A+Alexandre+de+Souza+Costa+Pacheco%2C+Julgado+em%3A+13-03-2019%29&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível, Nº 70038451225, Apelação cível. Separação litigiosa. **Alimentos. Ex-cônjuge. Dever de assistência mútua. Dano moral. não configurado.** [...]. Recorrente: G.T.S.; M.C.B.S. Recorrido: M.C. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em: 24-02-2011. Disponível: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70038451225&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 20 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível. Nº: 596004648. Separação judicial. **Violação aos deveres do casamento.** Viola deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, mulher que, alegando apenas relacionamento profissional, viaja com colega de escritório e inclusive frequenta a casa dele, recebendo deste carta comprometedoras que chega ao conhecimento do marido. [...]. Recorrido: A.L.B.D. Recorrido: R.D. Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 28-11-1996. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=596004648&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação. Nº 0120967-33.2004.8.19.0001. Direito de família e responsabilidade civil. **Violação dos deveres do casamento. Infidelidade conjugal.** Adultério. Dano moral. [...] Recorrido: A.C.R.B. Recorrente: J.C.F.M. Relator: Werson Franco Pereira Rego. Julgado em 18 de set. 2007. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400172341/apelacao-apl-1209673320048190001-rio-de-janeiro-capital-26-vara-civil>. Acesso em 11 de Out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Câmara Cível. Apelação Cível. Nº 70083227264. Responsabilidade civil. **Ação indenizatória.** Infidelidade. Dano moral. Inocorrência. Caso em que o autor pretende ser indenizado pelos abalos extrapatrimoniais sofridos sob o argumento de que foi induzido a erro ao reconhecer como suas, filhas de sua ex-esposa, frutos de suposta relação adúltera. [...] Recorrido: A.A.R. Recorrente: M.M.R. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 05 de mar. de 2020. Disponível em https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70083227264&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 11 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Câmara Cível. Apelação Cível. Nº 70082403338. **Ação de divórcio. Alimentos para a ex mulher.** Pedido de redução. Cabimento. indenização por danos morais. Abalos decorrentes da ruptura da relação. Prova. [...] recorrido: T.M. recorrente: E.M.S.M. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em: 11 de dez. 2019. disponível:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=tribunal%20de%20justi%ca%a7a%20do%20rs&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082403338&codementa=7706337&temintteor=true. Acesso em 05 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível. nº 70077515716. Família. União estável. 1. **Fixação de termo inicial da união estável**. Imprescindibilidade. [...]. Recorrido: M.P.L. Recorrente: F.P. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em: 16-08-2018. Disponível em:
https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=tribunal%20de%20justi%ca%a7a%20do%20rs&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70077515716&codementa=7706337&temintteor=true. Acesso em 27 de out. 2020.

CAHALI, Yussef. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO NETO. Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2003.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Danos morais nas relações conjugais**. Revista Pensar Jurídico, v. 02, p. 84-94, 2009.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

Emenda Constitucional nº 9/77 e Lei nº 6.515/77. **Regula os casos de dissolução da sociedade e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: http://legislação.planalto.gov.br/legislação.nsf/viw_identificacao/lei%206.515-1977. Acesso: 08 set. 2020.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FARDIN, Noemia Alves. **Aspectos sócio jurídicos da união estável: concubinato**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1993.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. - 51 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Elizer Willian Gomes. **Danos Morais na separação e no divórcio**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: **direito de família**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva. 1978.

OLIVEIRA, José. Lamartine Corrêa; MUNIZ. Direito de família: **direito matrimonial**. 1. Ed. Porto Alegre: FABRIS, 1990.

PIZETTA, José. **Danos morais na infidelidade conjugal e no direito de família em geral**. 2008. Disponível: http://www.Âmbito-jurídico.com.br/site/index.phpn_link. Acesso em 26 de setembro de 2020.

PRETEL, Mariana. **Da caracterização dos danos morais no caso de verificação de relacionamento extraconjugal**. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12979>. Acesso: 12 set. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Separação e divórcio, direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUGGIERO, Roberto. **Instituição de direito civil**: volume II, direitos de famílias direitos reais e posse. 6. ED. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. Ed. Porto Alegre. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 3. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **direito da família**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.